



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE GIURIDICHE

CURRICULUM PUBBLICISTICO

CICLO XXXI

A.A. 2017/2018

**LE DICHIARAZIONI DEI PRIVATI NEI PROCEDIMENTI
AMMINISTRATIVI DEL MERCATO**

Tutor:

Chiar.mo Prof. Giulio Napolitano

Dottoranda:

Dott.ssa Lucia Anibaldi

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

LE DICHIARAZIONI DEI PRIVATI NEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI DEL MERCATO

CAPITOLO 1

Le autocertificazioni e l'attività conoscitiva pubblica

1. La funzione conoscitiva pubblica e la creazione di certezza legale	5
2. La decertificazione e la semplificazione amministrativa	14
2.2 La dichiarazione sostitutiva di certificazione e la dichiarazione sostitutiva di atto notorio: ambiti di utilizzo e limiti di impiego	19
2.3. L'impiego delle dichiarazioni sostitutive all'interno del procedimento amministrativo	26
3. Dalla decertificazione alla deprovvedimentalizzazione: le autocertificazioni e le dichiarazioni sul possesso dei requisiti nella segnalazione certificata di inizio attività	30
4. Oltre le dichiarazioni sostitutive: le "autocertificazioni improprie" sul possesso dei requisiti	39
5. L'istituto generale dell'"autocertificazione"	42
5.2 Il ruolo dell'autocertificazione all'interno dell'istruttoria amministrativa e la sua incidenza sulla funzione conoscitiva pubblica	43
5.3 <i>Segue</i> . Il procedimento in autoresponsabilità	49
6. Le autocertificazioni nell'iniziativa economica privata	52
7. Piano dell'analisi e obiettivi della ricerca	59

CAPITOLO 2

Le dichiarazioni dei privati per l'esercizio dello *ius aedificandi*

1. La semplificazione documentale nei regimi amministrativi dell'attività edilizia	63
1.2 <i>Segue</i> . Le dichiarazioni sul possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività edilizia	71
2. La vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia e i controlli sulla veridicità delle dichiarazioni	83
3. Le conseguenze delle false dichiarazioni	97
3.2 <i>Segue</i> . Le dichiarazioni non veritiere nella segnalazione certificata di inizio attività	102
4. Riflessioni conclusive: la maggiore certezza degli adempimenti dichiarativi e il residuo di incertezza sul regime dei controlli	113

CAPITOLO 3

La semplificazione documentale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici	
1. Le dichiarazioni degli operatori economici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici	118
1.2 La riduzione degli oneri dichiarativi attraverso il documento di gara unico europeo	126
2. La parziale <i>deregulation</i> della fase di comprova dei requisiti	131
3. Il soccorso istruttorio negli appalti pubblici: il difficile bilanciamento tra il principio del <i>favor participationis</i> e la <i>par condicio</i> tra i concorrenti	137
3.2 Il soccorso istruttorio nel nuovo codice degli appalti	143
4. Le conseguenze delle false dichiarazioni nella procedura di gara	149
4.2. Sulla configurabilità del c.d. “falso innocuo” nelle procedure di evidenza pubblica	152
5. Riflessioni conclusive: l’evoluzione e i limiti della decertificazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici	161

CAPITOLO 4

Le dichiarazioni degli operatori economici nell’accesso a misure di sostegno pubblico: il caso delle energie rinnovabili

1. Procedimentalizzazione e semplificazione nell’accesso a misure di sostegno pubblico. Cenni introduttivi	166
1.2 In particolare: le dichiarazioni per l’ottenimento dei benefici per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili	172
2. La disciplina organica dei controlli in materia di incentivi nel settore elettrico	177
3. Le conseguenze dell’esito negativo dei controlli: la decadenza dal diritto all’ottenimento dei benefici e l’obbligo di restituzione degli incentivi percepiti	188
3.2 <i>Segue</i> . Le problematiche connesse alla misura decadenziale	195
3.3 Verso il temperamento del rigore applicativo e la graduazione delle conseguenze	205
4. Riflessioni conclusive: la semplificazione documentale nella tutela dell’interesse pubblico alla produzione di energia da fonte rinnovabile	209

CAPITOLO 5

I controlli sulle dichiarazioni dei privati nei procedimenti amministrativi del mercato

1. I controlli delle amministrazioni sulle attività dei privati e le verifiche sulle dichiarazioni sostitutive	214
1.2 I principi dell’attività di controllo sulle autocertificazioni	220
1.3 La partecipazione dei privati alla fase di controllo	227
1.4 Il tempo del controllo ed il principio di certezza del diritto	230
2. Gli esiti dei controlli sulle dichiarazioni sostitutive	232

2.2 Le dichiarazioni sostitutive non veritiere. Le responsabilità dell'amministrazione certificante e dell'amministrazione procedente	237
2.3 Le responsabilità del dichiarante: i profili penali e le conseguenze amministrative della falsa dichiarazione	239
CONCLUSIONI	
1. I diversi procedimenti "in autocertificazione" in relazione agli interessi pubblici concretamente tutelati	251
2. L'effettività della semplificazione documentale e la sua incidenza sulla libertà di iniziativa economica privata	254
BIBLIOGRAFIA	264

CAPITOLO 1

Le autocertificazioni e l'attività conoscitiva pubblica

1. La funzione conoscitiva pubblica e la creazione di certezza legale

«Questa legge non è fatta per noi» sosteneva il dottor Sinagra, uno dei protagonisti del racconto satirico *La rivolta dei topi d'ufficio* di Andrea Camilleri, che nel 1999 ironizzava su un gruppo di burocrati che immaginava contrari all'avvento delle autocertificazioni. «Può funzionare in Svezia o in Germania, dove se qualcuno dice una cosa, quella è Vangelo. Ma qui da noi, come fai a fidarti della parola di uno sconosciuto?»¹.

Nell'immaginario collettivo e nell'esperienza comune, il certificato è uno degli elementi su cui si basa la burocrazia percepita nella sua peggiore manifestazione, intesa come necessità di infinite produzioni documentali e di altrettanti oneri a questa collegati preordinati all'ottenimento di un risultato favorevole per il cittadino-suddito. In effetti, uno degli ambiti nei quali, soprattutto in passato, i pubblici poteri hanno in genere operato in via esclusiva, lasciando pochi spazi di intervento per il privato, è quello delle certezze che “promanano da pubblici poteri, anzi, per eccellenza, dallo Stato, onde si dicono pubbliche, e costituiscono la più grossa e importante provincia delle certezze giuridiche.”²

Si tratta, come noto, di una delle maggiori manifestazioni della sovranità statale e costituisce uno dei modi con cui si manifesta la c.d. funzione conoscitiva. Rispetto a tale funzione, si è negli ultimi decenni assistito ad una progressiva evoluzione, caratterizzata dal sempre maggiore apporto da parte del privato e da un corrispondente sempre minore ruolo del soggetto pubblico, quantomeno apparentemente.

Una premessa è, a questo punto dell'analisi, doverosa. Il tema della ricerca della verità costituisce una tra le istanze più significative nel dibattito scientifico, con importanti implicazioni anche a livello giuridico³. D'altro canto, il concetto di verità, potenzialmente convergente con

¹ Cfr. A. CAMILLERI, *La rivolta dei topi d'ufficio*, Edizione Este, 1999, disponibile *online* all'indirizzo <http://www.bassanini.it/wp-content/uploads/2013/10/La-rivolta-dei-topi-dufficio.pdf>

² L'espressione è di M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 782.

³ Significative sono le riflessioni di M.S. GIANNINI, *Certezza Pubblica*, cit., secondo cui “l'abbandono dell'ordine nozionale delle verità avviene lentamente, per influsso di altre scienze”, e nel sistema giuridico questo comporta l'abbandono dell'idea di verità, sostituita da “nuove nozioni, ritenute più feconde e più consentanee alla scienza e all'esperienza”. Più di recente si vedano A. FIORITTO, *Certezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 851 e A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze private”*, Milano, 2010, 30.

quello di certezza, da questo si discosta: mentre la prima si riconduce alla realtà oggettiva delle cose, la seconda è da attribuirsi ad uno stato di convincimento soggettivo⁴. Tale contrapposizione – o, per meglio dire, non piena sovrapposizione – emerge in modo ancor più marcato nel dibattito giuridico, all'interno del quale, dalla seconda metà del secolo scorso, il concetto di verità è stato sostituito da quello di certezza⁵, da intendersi come una conoscenza dei fenomeni non problematica⁶, il punto di approdo di un'attività di definizione di sicurezze dotate di legittimazione legale, attraverso atti e procedimenti giuridici adeguati allo scopo⁷.

Il tema della verità e del modo in cui accertarla rileva indubbiamente in ambito processuale⁸, in particolar modo in campo penale⁹; certamente l'opzione legislativa su un modello di tipo inquisitorio o dispositivo influisce profondamente sul grado di possibile sovrapposizione tra il risultato del processo e la realtà dei fatti. Ma, al di là del campo processuale, la ricerca della verità o, più in generale, l'attività conoscitiva, investe ogni soggetto di diritto, il quale ha bisogno di conoscere e, quindi, esercitare la propria attività conoscitiva in modo da poter basare le proprie decisioni su una determinata verità, acquisita secondo specifici moduli. Gli apparati pubblici, infatti, esercitano un potere anche attraverso il momento conoscitivo, sia in quanto producono essi stessi informazioni e certezze¹⁰ sia perché la conoscenza è strumentale all'esercizio di poteri pubblici¹¹. È proprio la conoscenza che mantiene in relazione certezza e verità e i processi

⁴ Si sofferma sulla distinzione tra i concetti di verità, certezza, sottolineando le ulteriori sfumature con altri termini simili come la veridicità, la verosimiglianza e la probabilità E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2012, 24 ss. L'Autore sostiene che, in ogni caso, al di là delle costruzioni teoriche più radicali, i due termini, pur se significativamente differenti, sono potenzialmente convergenti, spesso impiegati in modo alternativo. Sulla necessaria distinzione tra verità e verosimiglianza si veda S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961.

⁵ Sul superamento del “mito della verità” si veda, in particolare, M.S. GIANNINI, cit., 769 ss.

⁶ Si veda A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1858, 205 ss.

⁷ Mette in luce i possibili rischi di una certezza che è tale solo in quanto le verità che “crea” sono assistite “dal sigillo del potere”, e non necessariamente da garanzie procedurali e organizzative E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 27. Secondo l'Autore, tale approccio è caratterizzato da un impianto strutturalmente autoritario, conseguenza di certezze che siano frutto solo di scelte legislative e, in definitiva, puramente formali, con il rischio più estremo di eliminare il collegamento con la realtà.

⁸ Nella scienza giuridica processualcivile si vedano tra i numerosi interventi sul punto P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 164 ss.; A. CARRATTA, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, II, 169 ss.

⁹ La Corte Costituzionale ha più volte messo in luce che la ricerca della verità è uno dei principi fondamentali su cui si basa il processo penale. A titolo esemplificativo, si vedano le sentenze 10 novembre 1992, n. 432 e 28 giugno 1995, n. 280.

¹⁰ In particolare, sul punto si veda A. PREDIERI, *Premessa ad uno studio sullo Stato come produttore di informazioni*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, II, 1626, che sottolinea come lo Stato sia il principale detentore e allo stesso tempo produttore di informazioni.

¹¹ E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 43, evidenzia come l'informazione sia allo stesso tempo strumento, premessa e limite al potere.

conoscitivi intervengono a cristallizzare la realtà nel momento stesso in cui questa viene esaminata.

In questo secondo senso, è di agevole comprensione come, al pari di qualsiasi scelta dell'uomo, che necessita di un idoneo livello di conoscenza sull'ambito nel quale è chiamata ad incidere, ogni decisione pubblica deve basarsi su informazioni adeguate sui fenomeni e sulle situazioni oggetto dell'esercizio del potere, che vengano correttamente confrontate le une con le altre all'esito di un'esauriente attività di raccolta di dati.¹² L'assunzione di decisioni, sulla base di informazioni debitamente acquisite, è espressione del carattere razionale dell'amministrazione e, allo stesso tempo, funge da garanzia per i cittadini rispetto ad un impiego arbitrario del potere e da legittimazione democratica dello stesso, permettendo al contempo il superamento delle asimmetrie informative tra amministratori e amministrati.

Sul punto, non può non rilevarsi come la scienza giuridica non abbia sempre attribuito autonomia concettuale alla funzione conoscitiva della pubblica amministrazione, considerata per lo più strumentale all'esercizio di altre attività¹³. È recente, infatti, il tentativo di inquadrarla come una delle possibili attività dei poteri pubblici, necessariamente riconnessa ad una specifica organizzazione e rispondente tanto ai principi fissati dall'art. 97 Cost. che a requisiti che ne sono propri, quali l'affidabilità, la qualità, l'obiettività e la tutela dei dati personali¹⁴.

Per tornare allo spunto iniziale dell'analisi di questo lavoro, nell'insegnamento di Massimo Severo Giannini, una delle forme in cui può esprimersi l'attività conoscitiva è quella della "registrazione di fatti della collettività". Si tratta di "registrazioni che servono alle amministrazioni per conoscere, ma anche per rendere certi a chiunque vi abbia interesse i fatti conosciuti"¹⁵. Il riferimento è, in buona sostanza, a quella attività pubblica il cui fine è veicolare

¹² La presenza di regole che impongono agli organi dell'amministrazione «di compiere esaurienti indagini prima di emanare un atto» è approfondita da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli Editore, 1967, 20.

¹³ Cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 144; R. PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 623 ss., che ha esaminato le dinamiche conoscitive dei soggetti pubblici con un approccio generale, soffermandosi in primo luogo sull'istruttoria procedimentale e, quindi, sui poteri di informazione della pubblica amministrazione. Per un'analisi approfondita sull'attenzione dottrinale al tema cfr. CARLONI E., *Le verità amministrative*, cit., 61 ss.

¹⁴ Per una trattazione approfondita sul carattere non meramente strumentale delle attività di tipo conoscitivo e sulla sua emersione nella scienza giuridica si veda E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 85 ss., che fa riferimento, in particolare, a M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996, 78; ID., *Il coordinamento dell'informazione nel sistema politico-amministrativo*, in M. CAMMELLI, M.P. GUERRA (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Bologna, 1997, 225.

¹⁵ Così M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Seconda edizione aggiornata, a cura A. MIRABELLI CENTURIONE, Giuffrè, Milano, 2000, 389.

la conoscenza su dati sufficientemente sicuri¹⁶ su cui basare le relazioni sociali, creando le c.d. “certezze pubbliche”. La scienza giuridica non attribuisce all’espressione un significato univoco, ma la riconduce, al contrario, ad un insieme non omogeneo di fenomeni¹⁷, accomunati dall’imputabilità delle relative attività all’esercizio dei poteri sovrani¹⁸. Con la nascita degli stati nazionali, infatti, l’autorità pubblica è investita dell’attività preordinata alla produzione di certezza; lo Stato, in origine unico soggetto dotato di poteri di regolazione e produzione del diritto, è deputato alla tutela degli interessi pubblici considerati fondamentali e fra questi, in particolare, la fede pubblica e l’ordine pubblico. L’accertamento pubblico, quindi, in quanto proveniente da un soggetto imparziale rispetto agli interessi privati, è fonte di affidamento per le parti interessate, in grado di produrre certezze stabili e potenzialmente oggetto di controllo continuo.

La produzione di certezza giuridica è, quindi, una funzione pubblica, che risponde all’esigenza di limitare l’incertezza nei rapporti giuridici, economici e sociali tra i consociati, riducendo le occasioni di conflitto generate dalla mancanza di sicurezza¹⁹. L’ordinamento mette, infatti, a disposizione degli strumenti che possano attestare alcune informazioni e dati necessari

¹⁶ È di M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., 769, l’espressione di “dati sufficientemente sicuri, a volte assolutamente sicuri”.

¹⁷ La scienza giuridica ha sottolineato il carattere polivalente della nozione di certezza pubblica, mettendo in luce l’impossibilità della riconduzione a elaborazioni teoriche lineari la complessità delle fattispecie. Significative, sul punto, M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., 769, nel 1960 affermava: “La scienza giuridica oggi non è ancora in grado di dominare la materia, e neppure di comporre discorsi generali in proposito. È però significativa, a chi trascorra questa scienza dal vertice alle basi, l’invenzione ricorrente di proclamazioni che si sostanziano in «certezze»”. Tutti gli scritti in materia prendono le mosse dallo studio di questo Autore tanto per gli aspetti di teoria generale che per l’inquadramento all’interno dell’attività amministrativa. Si vedano, tra gli altri, ROMANO TASSONE A., *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 867 ss.; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, Milano, 2010, 1 ss.; E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 89 ss., che evidenzia come l’autorevolezza dell’impianto gianniniano abbia reso difficile per la dottrina successiva un nuovo approccio critico; L. DONATO, *Le autocertificazioni tra verità e certezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 15 ss. In merito alla ricostruzione delle categoria delle certezze pubbliche, *ex multis*, A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Cedam, Padova, 2003, delinea le certezze pubbliche come un “sistema aperto”, riunendo le attività e gli strumenti a queste collegate in cinque principali categorie: strumenti di certezza in senso proprio, attività di produzione e controllo delle pubblicità, attività di accertamento amministrativo, attività di accreditamento e, infine, attività di accertamento della qualità.

¹⁸ Sottolinea S. PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Giuffrè, Milano, 1961, 30-31, che è proprio dei poteri pubblici il “fare certezza”. Sul punto si veda anche A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, cit., 6 ss. L’Autore rinviene l’origine storica dell’accertamento pubblico alla funzione giudiziale, nello *ius dicere* che era espressione dell’*imperium* dei giudici e nella concezione romana del *certum* come elemento dotato di solennità e stabilità.

¹⁹ “L’impulso creativo delle certezze pubbliche è di natura pratica, cioè proviene dalla radice prima dell’esperienza giuridica: esse «sono degli strumenti che si pongono in essere per *facilitare* i rapporti tra operatori giuridici» (236). Non si tratta, ovviamente, di creazioni artificiali, bensì di strumenti creati sotto l’impulso di concrete necessità espresse dalla vita di relazione in dati momenti storici.” S. PUGLIATTI, *Certezza pubblica*, voce *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961.

per gli operatori in modo autoritativo e generalmente incontestabile. Queste certezze possono dirsi “pubbliche” sia perché, come anticipato, frutto dell’esercizio di un potere o una funzione pubblica, sia perché attestanti circostanze potenzialmente in grado di essere apprezzate da qualunque membro della collettività, che può, dunque, disporne²⁰. Quantomeno all’inizio, la produzione di certezza è accentrata, attribuita solo ad alcuni uffici o categorie professionali²¹. Dal punto di vista strutturale, l’oggettività è frutto della predisposizione di formalità e procedimenti rigidi, che assicurino stabilità nel dato accertato e, al tempo stesso, legittimino il potere esercitato. La qualificazione giuridica di fatti, stati e qualità personali è, quindi, sottratta alla disponibilità immediata dei consociati, investendo del relativo compito, invece, l’amministrazione, che esercita un vero e proprio potere di creazione e gestione delle certezze.

Secondo l’impostazione dottrina prevalente, la funzione di creazione di certezza pubblica trova la sua manifestazione nei procedimenti dichiarativi²². Si tratta di procedimenti che, per quanto tra loro eterogenei, sono caratterizzati dall’elemento comune di fornire certezze giuridiche su fatti giuridicamente rilevanti²³.

Le certezze che di questi procedimenti costituiscono il prodotto sono distinte in legali e notiziali. Le prime creano una qualità giuridica del bene a cui sono riferite e producono come effetto l’obbligo per tutti i consociati di assumere come certo il dato (fatto o rapporto) dalle stesse enunciato. Si parla, a questo proposito, di effetto preclusivo, per cui nessuno può contestare la verità rappresentata nell’atto di certezza legale se non attraverso l’esperimento di specifici procedimenti, proprio in vista delle esigenze di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche in

²⁰ Sul punto si veda S. GIACHETTI, *Certificazione. I. Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, 1.

²¹ Esempio tipico è quello del notaio. Sul punto, si veda M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 438. Per un approfondimento sui poteri *lato sensu* certificatori dei privati cfr. A. BENEDETTI, *Certificazioni “private” e pubblica fiducia*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, Egea, 2006, 3 ss.

²² Si veda M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 389.

²³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. II, p. 473, individua nei procedimenti dichiarativi “un tratto strutturale e funzionale comune, che consiste nel dare certezza di fatti giuridicamente rilevanti”. L’origine della nozione si attribuisce a S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1906, 44 ss., il quale distingue gli atti amministrativi, quanto al loro contenuto, in dichiarazioni di volontà che hanno per effetto la nascita, modifica o estinzione di un diritto, dichiarazioni di volontà dirette all’esercizio di un potere già esistente e pronunce dichiarative. In questo ultimo caso, “l’ente pubblico non fa che certificare uno stato di cose o di diritti”. Più di recente, sui procedimenti amministrativi si veda A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, t.2, 1285 ss.

precedenza indicate²⁴. Le seconde, invece, costituiscono un insieme eterogeneo e si identificano in via residuale, come tutte quelle certezze che, quindi, non sono legali.

In base all'impostazione prevalente²⁵, si riconducono ai procedimenti dichiarativi quelli di acclaramento, accertamento, ispezione, inchiesta, verbalizzazione e certificazione. Questi, pur nella loro diversa categorizzazione, si caratterizzano per la presenza costante dei due momenti dell'acquisizione del dato e della manifestazione ed esternazione dello stesso. La diversa prevalenza di un momento sull'altro fa sì che si possa distinguere tra atti di scienza, dove prevale l'accertamento, e atti di conoscenza, dove predomina la partecipazione verso l'esterno²⁶.

All'interno degli atti di scienza, si individua poi una ulteriore sottocategorizzazione, distinguendosi tra acclaramenti²⁷, accertamenti e certazioni. Gli accertamenti, in particolare, oltre che dal momento conoscitivo - alla base anche degli acclaramenti - sono caratterizzati dall'attitudine ad attribuire una qualità giuridica ad un'entità giuridica già esistente che risulta incerta; le certazioni, invece, creano esse stesse delle qualificazioni giuridiche prima di allora inesistenti²⁸.

Costituiscono atti del tutto diversi, infine, le certificazioni, definibili come "dichiarazioni di scienza, esternate in un documento, in funzione di partecipazione"²⁹. In queste, per tornare ai

²⁴ Sostiene l'efficacia preclusiva M. S. GIANNINI, *Certezza Pubblica*, cit., 14; nello stesso senso, *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, 411. Secondo B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001, 90, il collegamento tra gli atti di accertamento in senso tecnico e la portata preclusiva, oltre a mettere in luce un solo carattere dell'incidenza dell'accertamento sulle situazioni sostanziali, restringerebbe eccessivamente il campo di osservazione dell'accertamento amministrativo, perché farebbe leva più sull'efficacia che sulla struttura dello stesso.

²⁵ Il riferimento è alla classificazione operata da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 539-541. La stessa ripartizione è ripresa, in tempi più recenti, da A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1285 ss. Per altre impostazioni successive, invece, si veda A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, vol. I, 636 ss., che, tra gli atti amministrativi che non costituiscono manifestazione di volontà, individua atti ricognitivi, atti di valutazione e le intimazioni. I primi, a loro volta, possono avere carattere meramente strumentale all'emanazione di un diverso provvedimento oppure consistere in dichiarazioni di scienza ("attestazioni"). Alcuni di questi ultimi, poi, creano vere e proprie certezze legali privilegiate e possono esprimersi in certificazioni, documentazioni o registrazioni. Altri Autori, ancora distinguono tra atti dichiarativi di tipo conoscitivo e atti che forniscono certezze pubbliche. Sulla molteplicità di termini e di categorie impiegate si veda M. GNES, *La decertificazione. Dalle certificazioni amministrative alle dichiarazioni sostitutive. Ambito di applicazione, disciplina e modalità operative*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 32 ss. Per una ricostruzione delle principali classificazioni del XX secolo in relazione agli atti produttivi di certezze si veda A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1286 ss. Sul punto, anche L. DONATO, *Le autocertificazioni tra verità e certezza*, cit., 39 ss.

²⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 956.

²⁷ I meno complessi, spesso identificabili in meri atti istruttori.

²⁸ L'esempio che tradizionalmente si riporta è quello proposto dallo stesso Autore, a proposito delle dichiarazioni rese a proposito dello stesso edificio in relazione al suo volume (acclaramento), alla sua pericolosità (accertamento) ed al suo interesse artistico (certazione). Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., vol. II, 486.

²⁹ La definizione è di M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., 939-940.

due momenti in precedenza individuati, si rinvengono tanto profili di scienza quanto profili di conoscenza, in quanto ad una prima fase di ricognizione delle fonti della scienza che il soggetto pubblico deve dichiarare – in genere già acquisita – segue la fase della esternazione, attraverso la predisposizione di un atto scritto, il certificato.

Trattandosi, in primo luogo, di dichiarazioni di scienza, si esclude che possano produrre effetti giuridici rimessi alla volontà del loro autore e che siano idonee a produrre effetti diversi da quelli tipici delle dichiarazioni non di volontà³⁰. Diversamente dalle certazioni, inoltre, non creano qualificazioni giuridiche di cose o persone e, quindi, non introducono nulla di nuovo nell'ordinamento giuridico, ma rendono nota una realtà che è già esistente e qualificata nel mondo giuridico; ciò in quanto a monte si sia svolta una precedente attività volta ad acquisire la conoscenza, rappresentante i fatti che saranno oggetto della dichiarazione³¹.

Altra caratteristica essenziale della certificazione è l'esternazione in un documento, il certificato, connesso all'atto di certezza da un rapporto di dipendenza reciproca: la certezza acclarata non può essere oggetto di partecipazione se non attraverso la materializzazione in un segno o documento, ma, allo stesso tempo, l'effetto di creazione della certezza è da ricondursi all'atto di certezza, non alla sua formale esternazione³². Come di per sé il documento non è in grado di produrre alcuna certezza, così non ha lo stesso effetto l'atto di certezza che non venga esternato.

La scienza giuridica distingue ulteriormente tra certificazioni proprie e improprie. Le prime riproducono un dato già qualificato da un altro atto giuridico e risultante da un registro pubblico. Si parla, quindi, di attività di certificazione in senso proprio per indicare un'attività materiale di trascrizione dell'atto di certezza che funge da veicolo della certezza pubblica³³. Le seconde, invece, costituiscono semplici dichiarazioni di scienza provenienti da autorità pubbliche, perché non rappresentano fatti già risultanti da registri pubblici; in queste ipotesi si rinviene una

³⁰ Si veda A. STOPPANI, voce *Certificazione*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 795.

³¹ A questo proposito, si può ulteriormente distinguere tra le dichiarazioni meramente riproduttive di acclaramenti già precostituiti in via generale e, quindi, in linea di principio rinnovabili all'infinito e dichiarazioni che necessitano di un apposito momento ricognitivo e rappresentativo dei fatti, nei quali l'acclaramento è appositamente preordinato ad una specifica dichiarazione di scienza. Si veda G. ARENA, *Autocertificazioni e amministrazioni "per interessi"*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988, 42-43.

³² “[...] Difatti gli stessi segni e gli stessi documenti, se confezionati o redatti da soggetti privi di potere certativo - per esempio, privati - o anche dai medesimi soggetti ma non nell'esercizio di poteri certativi, non hanno la forza di creare alcuna certezza pubblica”. Così M. S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, cit., 778

³³ A. STOPPANI, *Certificazione*, cit., 795. È, ad esempio, una certificazione propria la redazione di un certificato di residenza.

particolare connessione tra certazione e certificazione, posto che, da un lato, il momento ricognitivo si sovrappone a quello della certazione, avendo questo ad oggetto lo stesso dato da accertare e non un'informazione presente in un registro, dall'altro, le due attività sono svolte dallo stesso soggetto. Il risultato di questo accertamento e riproduzione sarà un solo certificato e l'atto di certezza non sarà riproducibile per un numero illimitato di volte³⁴.

In merito all'efficacia delle due categorie di certificazioni, tendenzialmente si ritiene che solo le prime siano produttive di certezza legale, proprio perché mettono in circolazione dati estratti da registri pubblici; le seconde, invece, produrrebbero certezze informative o notiziali, trattandosi di dichiarazioni di scienza produttive di certezza informativa dotate di maggiore o minore autorevolezza³⁵. Altra differenza consisterebbe della doverosità del loro rilascio. Si ritiene che il carattere sia predicabile per la prima categoria, avendo gli uffici che ne sono depositari un obbligo puntuale in questo senso nei confronti di chi abbia la legittimazione per richiederle; per le seconde, invece, non vi sarebbe in capo all'amministrazione alcun obbligo, ma una facoltà, potendo questa procedere al rilascio del certificato se c'è un interesse pubblico al riguardo o se questo non si opponga, rimanendo indifferente³⁶.

Le classificazioni e le distinzioni sopra riportate sono frutto dell'elaborazione di una parte della scienza giuridica; come già evidenziato, la materia è caratterizzata da una diffusa ambiguità terminologica che riguarda sia l'attività procedimentale posta in essere che i documenti che ne sono il risultato. Non tutta la dottrina ha, ad esempio, aderito alla ricostruzione gianniniana dell'attività di produzione di certezza, soprattutto a causa della centralità strutturale dell'accertamento che Giannini attribuisce agli atti di certezza legale, nonostante, secondo altri Autori, lo schema dell'accertamento sia dotato di una "incontenibile valenza espansiva" in relazione a tutta l'attività amministrativa³⁷. Allo stesso tempo, non è da tutti condivisa

³⁴ M. GNES, *La decertificazione*, cit., 39-40. Un esempio di certificazione impropria che riporta l'Autore è il rilascio del certificato medico da parte di un medico che esercita funzioni pubbliche: dello stesso potranno essere rilasciate copie, ma il dato non potrà essere oggetto di ulteriori certificati se non dopo una ulteriore visita medica.

³⁵ Si veda in questo senso S. GIACHETTI, *Certificazione*, cit., 3; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., vol. II, 539 ss.

³⁶ Cfr. S. GIACHETTI, *op.ult.cit.*, 3; M.S. GIANNINI, *op.ult.cit.*, vol. II, 508-509 ss.

³⁷ Il riferimento è, in particolare, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione*, cit., 871, secondo cui l'attività amministrativa è in gran parte ricostruibile in termini di puro accertamento. La forza espansiva dello schema dell'accertamento è sostenuta anche da B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., *passim*, secondo cui al modello dell'accertamento possono ricondursi ipotesi che si riferiscono a tutte le categorie che la scienza giuridica ha elaborato per classificare gli atti amministrativi puntuali. L'accertamento, quindi, caratterizzerebbe sia gli atti dichiarativi che quelli creativi di certezze pubbliche, ma anche gli atti costitutivi e i provvedimenti amministrativi. Alcune specie di atti amministrativi, inoltre, sarebbero interessate dall'accertamento in modo particolare; ad esempio, le autorizzazioni, le sovvenzioni,

l'attribuzione a tutti gli atti di certezza legale dell'effetto preclusivo³⁸, considerato peraltro non riferibile alla qualità o allo *status* in senso assoluto, ma solo alla corrispondenza alla realtà nel momento dell'accertamento.

La classificazione degli atti di certezza dovrebbe, quindi, seguire non caratteri strutturali quanto funzionali, tenendo presente l'utilità che sono chiamati a soddisfare, cioè la trasmissione di una conoscenza qualificata, che segue specifiche regole e che produce un determinato effetto secondo quanto previsto dall'ordinamento.³⁹

L'ambiguità nei tipi di certificazioni esistenti, inoltre, deriva dal fatto che sia la scienza giuridica che il legislatore e la giurisprudenza hanno spesso impiegato indifferentemente termini come "certificati", "attestati", "certificazione", "attestazione", "accertamento", "registrazione, e così via. Si è così attribuita una distinzione ai termini "certificati" e "attestati" sulla base di diverse valutazioni, in alcuni casi ponendo accanto a queste due tipologie anche quella degli atti di notorietà ed eventualmente delle attestazioni atipiche.

Esula dallo scopo del presente lavoro mettere ordine nel panorama di confusione che domina la materia, dove le varie classificazioni e nomenclature hanno valore per lo più descrittivo. Può essere, pertanto, utile ricercare il dato positivo e da questo prendere le mosse per proseguire nell'approfondimento dell'analisi su come il privato sia chiamato ad intervenire nell'esercizio in quella che abbiamo visto essere normalmente una funzione pubblica e su quale valore possa attribuirsi a tutte quelle dichiarazioni - che lo stesso è chiamato a rendere nel corso dei diversi procedimenti amministrativi - a cui in genere ci si riferisce nel complesso con il termine di "autocertificazione".

In questo senso, il riferimento iniziale non può che essere la definizione di "certificato" presente nel d.P.R. n. 445/2000⁴⁰, che lo individua come "il documento rilasciato da una amministrazione pubblica avente funzione di ricognizione, riproduzione e partecipazione a terzi

le ammissioni a prestazioni pubbliche, ma anche le sanzioni amministrative, le pronunce di decadenza e le misure ripristinatorie.

³⁸ Cfr. L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., 56 ss. Secondo l'Autore tanto l'accertamento quanto l'efficacia preclusiva non sono adatti a descrivere il fenomeno della produzione di certezza pubblica, in quanto non tutti gli atti di certezza si concretizzano in un accertamento e non tutti gli accertamenti portano ad una preclusione: a rilevare sarebbe lo scopo che l'ordinamento intende perseguire con la disciplina normativa sui singoli atti e l'impatto sociale di questi sulla vita dei consociati.

³⁹ Si veda A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione Pubblica*, cit., 882, che distingue tra due accezioni al valore di certezza: certezza-stabilità, intesa in senso tradizionale come stabilità sociale di rapporti e qualificazioni, e certezza-affidamento, nel senso di affidamento sociale nelle qualità intrinseche di persone e/o beni della vita. La distinzione è ripresa da L. DONATO, *Le autocertificazioni tra verità e certezza*, cit., 61

⁴⁰ Art.1, comma 1, lett. f) del d.P.R. 28/12/2000, n. 445, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*.

di stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri pubblici o comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche”⁴¹.

La disposizione sembra riecheggiare la definizione gianniniana in precedenza richiamata, evidenziando i tre momenti - ricognitivo, riproduttivo e partecipativo – di cui l’attività certificatoria si compone, e sembra parimenti distinguere tra certificazioni proprie, come trascrizioni di un preesistente atto di certezza, ed improprie, come atti di certezza in cui la ricognizione coincide con la certazione.

2. La decertificazione e la semplificazione amministrativa

Come in precedenza evidenziato, la funzione di certezza pubblica è stata ricondotta per lo più ad una delle manifestazioni dello Stato sovrano, che ne detiene il monopolio e ne impone l’accettazione. In generale, nel momento in cui l’amministrazione assicura la produzione e la circolazione della certezza, il soggetto pubblico interviene in modo unilaterale o comunque predominante⁴² e il soggetto dell’ordinamento che a questa certezza aspira per il perseguimento dei propri interessi non può non richiedere l’intervento diretto o indiretto dell’amministrazione, assumendo nei confronti di questa specifici obblighi ed oneri⁴³. Il monopolio nella produzione delle certezze pubbliche è stato, quindi, a lungo coerente con la concezione sovraordinata della pubblica amministrazione, abituata a porsi con i propri interlocutori più come sudditi che come cittadini.

Anche questo ambito dell’esercizio dei poteri pubblici, tuttavia, ha subito nel corso degli ultimi decenni una forte trasformazione per effetto del processo di semplificazione⁴⁴

⁴¹ Sul punto M. GNES, *La decertificazione*, cit., 35 ss.

⁴² M. BOMBARDELLI, voce *Autocertificazione*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. V, Roma, 1996, 2, sottolinea come l’intervento unilaterale dell’amministrazione sarebbe nell’esercizio del potere certificatorio (inteso in senso lato) sarebbe necessario per garantire tanto l’introduzione di qualificazioni giuridiche di cose o persone quanto la partecipazione a terzi del dato e la incontestabilità di quanto accertato.

⁴³ M. BOMBARDELLI, *op. ult. cit.*, 2

⁴⁴ Le linee direttrici in cui la semplificazione, in generale, si è mossa sono due, quella normativa e quella amministrativa. La prima, in particolare, ha trovato espressione nella ricerca della qualità della regolazione - seguendo gli impulsi provenienti da organismi sovranazionali come l’OCSE - anche predisponendo strumenti istruttori che precedono (come l’analisi di impatto della regolamentazione) e seguono (con la verifica di impatto della regolamentazione) l’intervento normativo. Allo stesso tempo, la semplificazione normativa si è esplicata nel riordino della disciplina di interi settori attraverso l’adozione di testi unici e codici e con la delegificazione. La semplificazione amministrativa, invece, ha puntato alla riduzione degli oneri burocratici, introducendo strumenti volti ad alleggerire la posizione del privato all’interno di un procedimento amministrativo a istanza di parte. Sulla semplificazione e le sue declinazioni la produzione scientifica è molto ricca. Si vedano, tra gli altri, A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 994 ss.; L. TORCHIA, *Tendenze recenti della*

amministrativa che, soprattutto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, è stato l'obiettivo di numerose riforme volte a rilanciare la crescita economica, contenendo la spesa pubblica,⁴⁵ ed a cercare di avvicinare l'amministrazione agli interessi dei cittadini⁴⁶.

Come noto, le politiche pubbliche degli ultimi decenni sono state basate su una nuova interpretazione dei rapporti tra potere e privato, secondo la diversa logica della produzione di un servizio al cittadino-utente posto su un piano paritario⁴⁷. Anche l'evoluzione subita dagli istituti della certificazione riflette il modo in cui si è andato delineando il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini. Il fine dell'amministrazione è il perseguimento dell'interesse generale, attraverso la risoluzione di problemi che emergono nella dimensione del vivere comune; tra questi problemi si riconduce anche l'individuazione di fatti, stati e qualità come certi, necessaria, come sopra già evidenziato, a garantire la stabilità nei rapporti economici e sociali, facendo in modo che i consociati possano fare affidamento sulla rappresentazione delle informazioni e degli interessi fornita dai propri interlocutori, avviando rapporti giuridici che si mantengano entro un accettabile livello di complessità. L'amministrazione si pone, quindi, a servizio dei cittadini, mettendo a disposizione un supporto operativo per permettere agli stessi di far avere agli altri una conoscenza di sé e dei propri caratteri giuridici non problematica e di assicurare una circolazione rapida e sicura delle certezze che si delineano⁴⁸.

semplificazione amministrativa, in *Dir. amm.*, 1998, 385 ss.; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002; S. BATTINI, *La semplificazione amministrativa*, in G. VESPERINI (a cura di), *I governi del maggioritario*, Roma, Donzelli, 1998, 64 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2000.

⁴⁵ Sul punto in particolare si veda P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, che sottolinea la spinta liberalizzatrice degli istituti di semplificazione introdotti nei confronti delle attività piccolo imprenditoriali e di lavoro autonomo. In merito agli effetti sulla competitività economica generale si veda T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1, 178 ss.

⁴⁶ Si veda sul punto I. M. MARINO, *Cenno su alcuni profili giuridici della semplificazione amministrativa con particolare riferimento all'ordinamento locale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, 799 ss. Allo stesso modo, sottolinea il parallelismo tra l'introduzione delle misure di semplificazione, soprattutto quelle relative al fattore temporale, e l'evoluzione economica del paese L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione*, cit., 399-400.

⁴⁷ Per più ampie considerazioni sul tema si veda U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 207 ss.; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione. (A proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 13 ss.; G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi. Commento alla legge 241/90*, Rimini, Maggioli, 1991, 23 ss.; G. AZZARITI, *Trasformazioni dell'amministrazione e procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, 1 ss.

⁴⁸ M. BOMBARDELLI, *Autocertificazione*, cit., 2., evidenza come l'intervento del soggetto pubblico nella creazione di certezza trova in suo fine "nel coordinare, nel razionalizzare, dare continuità e nel rendere credibile la molteplicità di interventi individuali e collettivi necessari a creare le condizioni minime di

Con il tempo, è stata introdotta una serie di misure volte a favorire una sempre maggiore iniziativa ed assunzione di responsabilità da parte dei cittadini, a cui si permette di intervenire attivamente – sulla base del supporto organizzativo predisposto dall'amministrazione - in quanto per primi interessati all'esistenza ed alla circolazione delle certezze giuridiche che ad essi si riferiscono.

Le politiche di semplificazione hanno, quindi, avuto una peculiare espressione nel settore della documentazione amministrativa, nel quale sono state introdotte diverse misure a cui è possibile riferirsi nel loro complesso come istituti di decertificazione⁴⁹. Queste riforme si inseriscono all'interno di un intervento avente ad oggetto, più in generale, il procedimento amministrativo⁵⁰, soprattutto nella sua fase istruttoria, con lo scopo di razionalizzarla abbattendo i costi⁵¹ a carico dell'amministrazione, gli oneri ricadenti sui privati e, in definitiva, i tempi di conclusione dell'attività amministrativa.

A ben vedere, la semplificazione documentale ha preso avvio ben prima dell'organico intervento prodotto dalla legge 241/90⁵². Volendo ripercorrerne brevemente le tappe, l'avvio vero e proprio, dopo un tentativo della fine degli anni '50⁵³, risale alla legge 4 gennaio 1968, n. 15, generalmente indicata come "legge sull'autocertificazione", la quale, insieme ad una dettagliata circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri⁵⁴, introduce una serie di misure che, seppur

sicurezza dei rapporti giuridici." Quindi il ruolo dell'amministrazione resta centrale, ma non perché la creazione della certezza è conseguenza dell'esercizio di un potere amministrativo unilaterale.

⁴⁹ L'espressione è stata usata nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 14/2011 ed è stata in seguito ripresa nella Circolare Inps n. 47/2012 di attuazione delle riforme relative alle dichiarazioni sostitutive.

⁵⁰ Una parte della scienza giuridica individua quattro tecniche attraverso le quali il legislatore cerca di raggiungere la semplificazione: sottrazione, alleggerimento, razionalizzazione e determinazione automatica. Il superamento del monopolio pubblico di produzione delle certezze sarebbe la conseguenza di misure che attuano una riduzione del peso dell'azione amministrativa.

⁵¹ Proprio l'istruttoria è la fase che indice maggiormente sui costi complessivi del procedimento. Si veda sul punto S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, I, 48; M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, *passim*; L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., 79 ss.

⁵² Legge 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

⁵³ Il riferimento è al d.P.R. 2 agosto 1957, n. 678, *Nuove norme sulle documentazioni amministrative e sulla legalizzazione di firme*. Il decreto introdusse diversi istituti di semplificazione, come il divieto da parte dell'amministrazione procedente di richiedere atti o certificati relativi a fatti o circostanze attestate in documenti già in suo possesso o che sia tenuta a certificare, e l'esibizione del documento d'identità per provare determinati dati personali. La misura più importante, ai fini di questo lavoro, risulta certamente la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, resa e sottoscritta davanti al notaio, al segretario comunale o al funzionario competente.

⁵⁴ Circolare dell'Ufficio riforma dell'amministrazione della Presidenza del Consiglio dei ministri del 21 ottobre 1968, n. 778/8/8/1, *Istruzioni per l'applicazione della legge 4 gennaio 1968, n. 15 recante "Norme sulla documentazione amministrativa e sulla legalizzazione e autenticazione di firme"*. La circolare

inizialmente poco applicate, sono state poi oggetto di una nuova valorizzazione circa un ventennio dopo,⁵⁵ occupandosi in modo organico di documentazione amministrativa e di presentazione di atti e documenti all'amministrazione.

Con particolare riferimento agli atti e documenti da produrre all'amministrazione, per quanto qui di interesse, alla legge 15/1968 si deve l'introduzione, come regola generale, della possibilità per il cittadino di produrre le dichiarazioni sostitutive di certificazioni⁵⁶, sottoscritte dall'interessato, in ipotesi tassativamente indicate⁵⁷. Per altri casi, invece, viene previsto lo strumento delle dichiarazioni temporaneamente sostitutive⁵⁸, che posticipano ad un secondo momento l'esibizione della documentazione e, quindi, il controllo da parte dell'amministrazione ed il cui utilizzo è subordinato all'adozione di specifici regolamenti ministeriali. Infine, viene in parte modificato il regime delle dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà⁵⁹, che deve riguardare atti, stati o qualità personali di cui l'interessato sia a diretta conoscenza. Tutti e tre i tipi di dichiarazioni sostitutive devono essere sottoscritte in presenza del funzionario competente a ricevere la documentazione, affinché provveda ad autenticare la firma.

Viene, inoltre, ulteriormente ribadito il divieto per l'amministrazione procedente di richiedere certificati o atti relativi a fatti o circostanze attestati in documenti di cui sia già in possesso o che sia comunque tenuta a certificare, anche se è l'interessato a dover indicare gli estremi di detto documento⁶⁰.

È interessante notare che l'intento di evidente alleggerimento degli oneri istruttori seguito in linea di principio si accompagna, nella pratica, a comportamenti non coerenti, che la stessa circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri non manca di suggerire⁶¹. Questo si traduce,

specifica, riassumendo, che le disposizioni del testo normativo possono riferirsi a quattro gruppi: la produzione agli organi dell'amministrazione di atti e documenti, tra cui anche le dichiarazioni sostitutive; la formazione ed il rilascio di atti pubblici; la conservazione di atti e documenti; procedimenti amministrativi particolari.

⁵⁵ In particolare dalla circolare del Ministero della Funzione Pubblica 20 dicembre 1988, n. 2677, *Istruzioni per l'applicazione della legge 4 gennaio 1968, n. 15, recante "Norme sulla documentazione amministrativa e sulla legalizzazione e autenticazione delle firme"*, pubblicata in GU Serie Generale n.7 del 10-01-1989, e dalla legge 241/1990.

⁵⁶ Art. 2 legge 15/1968.

⁵⁷ Si tratta della data ed il luogo di nascita, la residenza, la cittadinanza, il godimento dei diritti politici, lo stato di celibe, coniugato o vedovo, lo stato di famiglia, l'esistenza in vita, la nascita del figlio, il decesso del coniuge, dell'ascendente o discendente, la posizione agli effetti degli obblighi militari e l'iscrizione in albi o elenchi tenuti dalla p.a.

⁵⁸ Cfr. art. 3 legge 15/1968.

⁵⁹ Cfr. art. 4 legge 15/1968.

⁶⁰ Cfr. art. 10 legge 15/1968.

⁶¹ "Appare, peraltro, pacifico che, ove gli atti o i dati in possesso dell'amministrazione si trovino presso gli uffici aventi sede in città diverse, potrebbe essere opportuno per gli interessati, che aspirino ad una più sollecita definizione della pratica, avvalersi della facoltà di esibire spontaneamente il normale documento

nella pratica, ad uno scarso successo delle misure di semplificazione documentale, dovuto in larga misura all'atteggiamento di coloro che avrebbero dovuto trarne i vantaggi sperati, cioè sia i cittadini sia i funzionari, che – proprio come i personaggi nel racconto di Camilleri citato all'inizio della sezione - ne vanificano l'impianto e l'apporto probabilmente eccessivamente innovativo⁶², in alcuni casi forti di una giurisprudenza non totalmente incline alle istanze di semplificazione che la legge intende soddisfare⁶³.

Anche la legge 7 agosto 1990, n. 241, nel ridisegnare in generale l'attività amministrativa in funzione della semplicità e della partecipazione dei cittadini, si occupa della semplificazione documentale, imponendo alle amministrazioni un termine di sei mesi entro il quale adottare le misure organizzative necessarie per garantire l'applicazione della l. n. 15/1968, in un evidente tentativo di dare nuovo impulso alla legge sull'autocertificazione, ponendo l'attenzione nell'aspetto organizzativo come il mezzo privilegiato per assicurarne l'attuazione.

Il complessivo impianto normativo relativo alle dichiarazioni sostitutive viene comunque confermato dalla legge sul procedimento amministrativo e da interventi normativi successivi⁶⁴, fino al riordino ed alla raccolta della disciplina nel d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, che ad oggi è il punto di riferimento in tema di certificazioni e strumenti alternativi alle certificazioni,

(articolo 9) o copia autentica di esso (articolo 7). Ciò specie se dal trascorrere di un determinato termine possano derivare responsabilità, anche di ordine soltanto finanziario, a carico degli interessati o dei pubblici funzionari. Per analoghi motivi di speditezza amministrativa, qualora nella trattazione della pratica intervengono più uffici anche della stessa sede, per ciascuno dei quali occorra una copia dello stesso documento, agli interessati potrebbe essere suggerita l'opportunità di esibire essi stessi le copie necessarie, in carta libera, che verrebbero autenticate a cura del funzionario competente a ricevere la documentazione, in assoluta esenzione di tassa e di diritti di segreteria, per il solo uso interno amministrativo.”

⁶² Si veda sul punto M. BOMBARDELLI, *Autocertificazione*, cit., che evidenzia come la scienza giuridica abbia cercato di spiegare le ragioni di questo insuccesso sia sottolineando le incertezze interpretative della legge sia il fatto che la stessa fosse stata pensata per essere applicata ad un'amministrazione ormai già trasformata nell'organizzazione e nei rapporti con i cittadini, anticipando l'evoluzione che di lì a poco si sarebbe effettivamente prodotta. Evidenza P. LAZZARA, *Autocertificazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 573, l'introduzione di misure di autocertificazione non debitamente inserite all'interno di una complessiva semplificazione amministrativa non poteva che rimanere lettera morta.

⁶³ In alcuni casi la giurisprudenza considerava legittime le previsioni di bandi che imponevano la produzione in originale di certificati, precludendo copie conformi o dichiarazioni sostitutive, come evidenziato da M. OCCHIENA, *Istanze, autocertificazione, acquisizione d'ufficio, cause di esclusione, regolarizzazione nei concorsi a pubblico impiego e nelle gare d'appalto prima e dopo la riforma Bassanini*, in *Foro it.*, 1999, III, 269, 272.

⁶⁴ Con la legge 15 maggio 1997, n. 127, *Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*, e il d.P.R. 20 ottobre 1998, n.403, *Regolamento di attuazione degli articoli 1,2 e 3 della legge 15 maggio 1997, n. 127, in materia di semplificazione delle certificazioni amministrative*.

modalità di presentazione delle istanze alle amministrazioni e di circolazione delle certezze⁶⁵. Rispetto alla disciplina previgente, il testo unico contiene alcune novità: amplia tanto le categorie di soggetti tenuti ad accettare le misure di semplificazione, includendovi anche l'autorità giudiziaria nei casi di volontaria giurisdizione e i privati che vi consentano, quanto i soggetti legittimati ad avvalersene, introducendo nuovi casi in cui possono impiegarsi i cittadini extracomunitari. Allo stesso tempo, sono estesi i casi di impiego delle dichiarazioni sostitutive, oltre che le modalità di utilizzo di altre misure di semplificazione documentale⁶⁶. Infine, come si analizzerà più avanti, viene introdotta una disciplina più dettagliata sui controlli e sulle responsabilità del dichiarante e del funzionario pubblico.

Il quadro normativo è ulteriormente completato dalla previsione dell'art. 18 l. 241/90⁶⁷, a mente del quale l'amministrazione è tenuta ad acquisire d'ufficio i documenti attestanti atti, stati, fatti e qualità che la stessa o un'altra amministrazione detenga. Allo stesso modo, il soggetto pubblico deve accertare d'ufficio gli elementi che sarebbe comunque tenuto a certificare.

Più di recente, la legge 183/2011⁶⁸, modificando l'art. 40 del testo unico, ha introdotto il divieto da parte degli uffici pubblici di rilasciare ai privati certificati che abbiano ad oggetto fatti, stati e qualità personali da esibire ad altre amministrazioni o ai privati gestori di pubblici servizi, prevenendo che questi siano sempre sostituiti dalle dichiarazioni sostitutive⁶⁹.

2.2 La dichiarazione sostitutiva di certificazione e la dichiarazione sostitutiva di atto notorio: ambiti di utilizzo e limiti di impiego

⁶⁵ È infatti suddiviso in sette capi, riferiti a: definizione e ambito di applicazione; documentazione amministrativa; semplificazione della documentazione amministrativa; sistema di gestione informatica dei documenti; controlli; sanzioni; disposizioni finali.

⁶⁶ Con particolare riferimento all'autenticazione delle copie di documenti e delle sottoscrizioni.

⁶⁷ Art. 18, commi 2 e 3, l. 214/90, come sostituito dall'art. 3, comma 6-octies, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80: "2. I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti.

⁶⁸ Legge 12 novembre 2011, n. 183, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*.

⁶⁹ Testualmente l'art. 40, commi 1 e 2, dispone: "Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47.

Sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati è apposta, a pena di nullità, la dicitura: "Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi".

Il d.P.R. 445/2000, nel testo risultante a seguito della riforma del 2011, ha, quindi, individuato e disciplinato gli strumenti di c.d. decertificazione, un insieme di misure che hanno condotto al progressivo superamento del monopolio statale nella produzione della certezza e hanno portato, allo stesso tempo, all'inversione del rapporto, in termini di oneri istruttori e di allegazione, tra cittadini ed amministrazione.

È possibile schematicamente individuare due gruppi di strumenti, le dichiarazioni sostitutive, da un lato, ed altre misure, dall'altro, che, sempre caratterizzate dalla funzione semplificatrice, producono diversi gradi di certezza. Ci si riferisce, in particolare, all'esibizione di documenti, alla produzione di copie conformi ed all'acquisizione d'ufficio. Ai fini del presente studio, l'analisi si soffermerà sui primi, dei quali verranno esaminati caratteri e ambiti di impiego, per estendere, in seguito, l'indagine sulla generale categoria delle "autocertificazioni", verificando le implicazioni che l'utilizzo di tali strumenti comporta nei procedimenti amministrativi del mercato.

La dichiarazione sostitutiva di certificazione è, in particolare, lo strumento attraverso il quale l'interessato può provare innanzi all'amministrazione una serie di stati, fatti e qualità riportate in albi, elenchi e documenti detenuti da un soggetto pubblico⁷⁰. Il privato riporta, quindi, il dato rilevante, indicando l'apparato pubblico che detiene il documento relativo o che potrebbe rilasciare l'attestazione o la certificazione. Attraverso l'affermazione resa dall'interessato diviene superflua l'ulteriore allegazione del certificato; non incombe più, in capo al privato, l'onere della prova dell'elemento rilevante e di allegazione del documento probatorio, ma il semplice onere di affermazione⁷¹. La dichiarazione, in ogni caso, deve contenere in modo completo i dati che sarebbero indicati nell'atto sostituito, anche con riferimento all'eventuale contenuto accidentale, secondo il canone dell'autosufficienza contenutistica⁷², non potendo fare rinvio ad altri documenti o riferirsi ad elementi generici e non precisati.

⁷⁰ L'elencazione specifica delle informazioni autocertificabili è contenuta nell'art. 46 d.P.R. 445/2000, espressamente rubricato "Dichiarazioni sostitutive di certificazioni".

⁷¹ Cfr. P. LAZZARA, *Autocertificazione*, cit., 575., che evidenzia come il privato non sia più tenuto a produrre materialmente i documenti e le prove, quanto piuttosto ad assumersi la responsabilità di una dichiarazione che li sostituisca, in relazione a fatti che la stessa amministrazione può comunque verificare.

⁷² Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 07/09/2012, n. 730; in precedenza Cons. Stato Sez. V, 08-03-2006, n. 1210, a mente del quale "una dichiarazione può ritenersi valida ed efficace se, e soltanto se, essa rispetti - oltre alla "formalità" estrinseche prescritte dall'ordinamento (essenzialmente dirette a rendere incontrovertibile la "paternità" di una determinata dichiarazione) - anche il canone dell'autosufficienza contenutistica rispetto al documento o all'atto sostituito. In altri termini, una dichiarazione sostitutiva, ivi incluse quelle complesse (ossia risultanti dalla combinazione in vario modo di un'autocertificazione e di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà), potrà tener luogo della certificazione o dell'atto pubblico, sempre producibili in via alternativa (fatte unicamente salve le tassative eccezioni stabilite dal ridetto Testo unico), solo quando essa sia in grado di veicolare tutti i dati contenuti nei documenti pubblici sostituiti e, soprattutto, quando essa

Se, come in precedenza evidenziato, le certificazioni sono dichiarazioni di scienza, esternate in un documento, in funzione di partecipazione, la stessa definizione “funzionale”⁷³ può impiegarsi per le dichiarazioni che le sostituiscono, che costituiscono, infatti, dichiarazioni di scienza, redatte in forma scritta e destinate a porre in circolazione certezze per uso della collettività.

La differenza tra i due strumenti, invece, si coglie su un piano strutturale, dal punto di vista tanto soggettivo quanto oggettivo. Ed infatti, mentre le certificazioni possono essere rilasciate solo da soggetti dotati di specifico potere certativo o comunque equiparati ai soggetti pubblici e riproducono il contenuto di altri atti preesistenti, trascritti in registri pubblici, le dichiarazioni sostitutive di certificazione sono redatte da privati, che esternano dati e informazioni frutto della propria esperienza e conoscenza personale e diretta dei fatti rappresentati, pur se la certezza è stata già cristallizzata dalla rappresentazione in un pubblico registro⁷⁴. In questo senso gli effetti che la dichiarazione sostitutiva produce sono il risultato dell’attività di due soggetti: il privato, che rilascia la dichiarazione in una determinata forma solenne e secondo la propria responsabilità, e l’amministrazione, che ha il compito di verificarne la veridicità.

La dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà⁷⁵, invece, è quella particolare autocertificazione con cui il dichiarante rende una dichiarazione in sostituzione di un atto notorio concernente stati, fatti e qualità personali che siano a sua diretta conoscenza, anche relativamente ad altri soggetti, se la dichiarazione è resa nell’interesse proprio del dichiarante⁷⁶. Tutti i fatti non

risulti idonea, da sola, a soddisfare - esattamente al pari degli atti o dei certificati sostituiti - le medesime esigenze informative manifestate dalle amministrazioni richiedenti.”

⁷³ Sottolinea l’identità funzionale G. ARENA, *Autocertificazione*, cit., 48.

⁷⁴ G. ARENA, *Autocertificazione*, cit., 50, mette in luce come, in realtà, la fonte originaria delle informazioni sia direttamente o indirettamente sempre lo stesso soggetto, il privato. Nel caso delle ordinarie certificazioni, quindi, interviene in primo luogo il soggetto-fonte delle notizie, a cui segue la trascrizione in un pubblico registro ad opera di una amministrazione ed infine interviene un pubblico ufficiale o soggetto equiparato che pone in essere un’attività di vera e propria certificazione, trascrivendo l’atto di certezza nel documento-certificato. Nell’ipotesi della dichiarazione sostitutiva, invece, è lo stesso soggetto-fonte delle notizie che redige il documento e pone in circolazione le certezze, in quanto tali solo perché già oggetto, in precedenza, di trascrizione in un pubblico registro; il dichiarante, però, trae i dati non dai registri, ma dalla sua stessa conoscenza.

⁷⁵ L’atto di notorietà è l’attestazione di fatti pubblicamente noti, resa sotto vincolo di giuramento da due persone ad un pubblico ufficiale, che la riceve e ne redige un atto pubblico; si tratta di una dichiarazione relativa a fatti accaduti normalmente in un tempo recente e divenuti notori all’interno di una specifica cerchia sociale, per i quali manca una prova immediata e diretta. Si veda sul punto A. MORELLO, *Notorietà* (atti di), voce in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, Utet, 1965, 412.

⁷⁶ Art 47 d.P.R. 445/2000: “L’atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell’interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all’articolo 38. 2. La dichiarazione resa nell’interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza. 3. Fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la pubblica amministrazione

provabili tramite dichiarazione sostitutiva di certificazione, quindi, possono essere oggetto di attestazione mediante dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, salve le eccezioni indicate in modo espresso dalla legge⁷⁷. Naturalmente l'impiego di tale strumento è allo stesso tempo escluso per le dichiarazioni il cui contenuto consista in atti negoziali, impegni, intenzioni o in generale manifestazioni di giudizio e di volontà, volte a costituire, modificare ed estinguere situazioni giuridiche soggettive⁷⁸.

A ben vedere, la disciplina attuale dei due tipi di autocertificazione è per molti versi analoga; questo comporta, che nella prassi amministrativa vengano spesso impiegate in modo indifferente. In effetti, evidenti sono i caratteri comuni: entrambi rappresentano manifestazioni di scienza provenienti da privati e non da pubblici funzionari, nelle quali c'è coincidenza tra il soggetto che costituisce la fonte della notizia e il soggetto dichiarante. In entrambi i casi, inoltre, il dichiarante ha un interesse al contenuto dell'affermazione, essendo l'accettazione della certezza giuridica così formata propedeutica all'ottenimento di un beneficio⁷⁹.

Si tratta di misure che si collocano a metà strada tra quello strumento che costituisce la massima semplificazione, cioè l'accertamento d'ufficio, e l'assenza della stessa, rappresentato dai certificati.

Come la scienza giuridica ha sottolineato, parlare di "autocertificazione" non sarebbe del tutto corretto: queste dichiarazioni non conducono, se non limitatamente ad alcune finalità, alla creazione di vere e proprie certezze pubbliche, ma la legge ne consente l'impiego in sostituzione degli atti che avrebbero tale valore – i certificati – all'interno del procedimento amministrativo⁸⁰. Si tratta, sostanzialmente, di un modo di circolazione della certezza giuridica che vede coinvolti privato e amministrazione in un piano di parità, il primo chiamato a contribuire con il suo apporto conoscitivo e la seconda chiamata a controllare. Il fatto che non si tratti di un mezzo atto a creare

e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'articolo 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà." Uno dei maggiori campi di applicazione, in passato, era costituito dalla disciplina sui danni di guerra per beni detenuti all'estero. Si veda, a tal proposito, l'art. 10 della legge 27 dicembre 1953, n. 968, *Concessione di indennizzi e contributi per danni di guerra*.

⁷⁷ L'art. 30 legge n. 241/90 vieta alle amministrazioni pubbliche e alle imprese esercenti servizi di pubblica utilità di esigere atti di notorietà in luogo delle dichiarazioni sostitutive, al fine di provare qualità personali, stati o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato.

⁷⁸ Si veda L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., 125 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, 308 ss.; M. BOMBARDELLI, *Autocertificazione*, cit., 1.

⁷⁹ In merito alla validità temporale delle dichiarazioni sostitutive, a mente dell'art. 48 del testo unico è la stessa degli atti che sostituiscono. Pertanto, se la dichiarazione è relativa a stati, fatti o qualità personali non modificabili, questa ha validità illimitata; in tutti gli altri casi, la sua validità è circoscritta a sei mesi dalla data del rilascio, a meno che non sia diversamente previsto.

⁸⁰ Sul punto si veda P. LAZZARA, *Autocertificazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003, 561 ss.

vera e propria certezza pubblica è confermato dalla limitata valenza di tale certezza, che produce effetti solo nei confronti dell'amministrazione, dei soggetti a questa equiparati e dei privati che vi acconsentano e solo nell'ambito dello specifico procedimento in cui sono state formate⁸¹.

Tra le due si rinviene, tuttavia, una differenza fondamentale, individuabile nel momento della certazione: mentre nel caso della dichiarazione sostitutiva di certificazione questa è sempre posta in essere da un soggetto pubblico e cristallizzata in albi, elenchi, registri o altri tipi di documenti e, pertanto, la dichiarazione ha una funzione suppletiva, nella dichiarazione sostitutiva di atto notorio la certazione è riconducibile allo stesso privato che la rende, il quale è la fonte della certezza che pone in circolazione. Di fatto i due momenti della certazione e della certificazione vengono a coincidere⁸². In sostanza, mentre la dichiarazione sostitutiva di certificazione ha la funzione di sostituire il certificato, quindi un documento che la stessa amministrazione potrebbe materialmente creare, la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ha lo scopo di rendere più agevole la circolazione di informazioni a diretta conoscenza dell'interessato anche non contenute in banche dati o, comunque, non ricomprese fra quelle espressamente indicate nell'art. 46 d.P.R. 445/2000. La differente funzione produce effetti – ancorché oggi minimi - sul regime formale di rilascio della dichiarazione: mentre per la dichiarazione sostitutiva di certificazione è sufficiente la semplice sottoscrizione da parte dell'interessato, la dichiarazione sostitutiva di atto notorio deve essere sottoscritta alla presenza di un dipendente addetto oppure presentata unitamente a copia di un documento di identità.

In merito ai limiti di impiego, l'art. 49 del testo unico indica in modo espresso alcuni casi di esclusione⁸³. Queste ipotesi corrisponderebbero a forme di certificazioni "improprie", risultato di un'attività valutativa complessiva che conduce al riconoscimento di specifici *status*, rilevanti solo a determinati fini, a cui segue anche un momento certificativo, che tuttavia resta secondario. Altro limite espresso è dettato dall'art. 3, comma 2, del d.P.R. 445/2000, che per i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea regolarmente soggiornanti in Italia, circoscrive l'impiego di dichiarazioni sostitutive a stati, qualità personali e fatti certificabili o attestabili da parte di soggetti pubblici italiani, fatte salve le speciali disposizioni contenute nelle leggi e nei regolamenti

⁸¹ Si veda P. LAZZARA, *Autocertificazione*, cit., 562 ss., e M. MAZZAMUTO, *Dichiarazioni sostitutive: le innovazioni delle leggi Bassanini*, in *Nuove Autonomie*, 1999, 45-61.

⁸² Cfr. G. GARDINI, voce *Autocertificazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., Torino, Utet giuridica, 2005, 116.

⁸³ Art 49 d.P.R. 445/2000: "I certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti non possono essere sostituiti da altro documento, salvo diverse disposizioni della normativa di settore. 2. Tutti i certificati medici e sanitari richiesti dalle istituzioni scolastiche ai fini della pratica di agonistica di attività sportive da parte dei propri alunni sono sostituiti con un unico certificato di idoneità alla pratica non agonistica di attività sportive rilasciato dal medico di base con validità per l'intero anno scolastico".

concernenti la disciplina dell'immigrazione e la condizione dello straniero. La necessità è, quindi, di tenere fermo il nesso tra dichiarazioni e riscontro ufficiale delle affermazioni.

I maggiori problemi sorgono in relazione alla dichiarazione sostitutiva di atto notorio, in considerazione della portata ormai generalizzata dell'impiego di tale strumento per tutti i fatti non comprovabili mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione e, altresì, per stati, qualità personali e fatti direttamente conosciuti dal dichiarante in relazione a terzi. Le circostanze affermate dall'atto di notorietà, quindi, sono ritenute certe all'interno di una determinata cerchia sociale, ma in mancanza di una registrazione in albi o elenchi dell'amministrazione nei quali verificarne la rispondenza al vero.

Si è, pertanto, dubitato della legittimità costituzionale di un simile istituto, il quale, a causa della difficoltà di sottoporre a verifica l'oggetto della dichiarazione, potrebbe condurre l'amministrazione ad adottare un provvedimento sulla base di fatti non verificati, violando così il principio inquisitorio e, in definitiva, il principio di legalità ed il diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 113 Cost⁸⁴.

Per risolvere i dubbi di compatibilità costituzionale dell'istituto, la scienza giuridica ne ha individuato limiti ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dall'art. 49, legati alla effettiva verificabilità oggettivo-sociale del contenuto dell'autocertificazione. In generale, infatti, per il corretto funzionamento del sistema, tutte le dichiarazioni sostitutive dovrebbero avere ad oggetto affermazioni sulle quali sia possibile effettuare un controllo. Mentre nel caso delle dichiarazioni sostitutive di certificazione questo è reso possibile dalla previa attività di certazione posta in essere in precedenza dalla stessa o da altra amministrazione, con la consultazione degli albi e elenchi contenenti i dati affermati, nel caso delle dichiarazioni sostitutive di atto notorio è necessario che resti fermi il carattere ricognitivo della stessa dichiarazione, relativa a vicende accadute e conosciute e fatti, se non già attestati, quantomeno attestabili.

Secondo un'impostazione⁸⁵, pertanto, le dichiarazioni ex art. 47 del testo unico dovrebbero essere ammesse in quanto abbiano per oggetto fatti di per sé notori, cioè di dominio pubblico, palesi e, pertanto, verificabili, non potendo a rigore fornire efficacia probatoria a

⁸⁴ Il provvedimento adottato sulla base di una dichiarazione sostitutiva non verificabile sarebbe insindacabile in punto di fatto, come evidenzia P. LAZZARA, *Atti di notorietà*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 1049.

⁸⁵ In questo senso cfr. G. ARENA, *Autocertificazioni*, cit., 37 ss.; M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 871 ss.; P. LAZZARA, *Atti di notorietà*, cit., 1049.

dichiarazioni su fatti dei quali solo il dichiarante possa essere a conoscenza.⁸⁶ Parte della dottrina ha, così, sostenuto la necessità di limitarne l'impiego solo ai dati oggettivi ed ufficiali, operando un'interpretazione estensiva dell'art. 47⁸⁷, o di dati che non richiedano alcuna attività valutativa. Altra parte della scienza giuridica⁸⁸, invece, giudicando questi limiti eccessivamente ampi e non coerenti con l'impianto normativo, soprattutto per come si è andato delineando negli ultimi anni, ha posto l'accento sui limiti intrinseci allo strumento autocertificativo, che derivano dalla natura e dalla *ratio* dell'istituto. Sarebbero, quindi, esclusi dall'autocertificazione fatti, stati e circostanze che costituiscano fatti complessi, ma solo se l'amministrazione non ha preventivamente esplicitato il criterio per la loro valutazione⁸⁹.

Tali considerazioni sono, d'altro canto, coerenti con l'opinione⁹⁰ secondo la quale la dichiarazione sostitutiva non integra, di per sé, una certezza pubblica, ma può assumere valore probatorio solo nel limite in cui i dati e fatti affermati possano essere oggetto di verifica da parte dell'amministrazione. L'impianto generale delle dichiarazioni sostitutive sarebbe, quindi, tale da escludere che il risultato a cui conducono sia qualificabile, soggettivamente ed oggettivamente, come vera e propria certezza pubblica, sia perché la dichiarazione privata non può essere qualificata come attività di carattere formalmente pubblicistico sia in quanto il cittadino non opera come organo indiretto dell'amministrazione⁹¹. La certezza a cui le dichiarazioni sostitutive, entro

⁸⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1706, in *Pluris*, 2011 e Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2011, n. 4206.

⁸⁷ Cfr. G. ARENA, *Autocertificazioni*, cit., 37 ss. e M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, cit., 871 ss.

⁸⁸ Si veda L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., 121 ss.

⁸⁹ Non sarebbero impiegabili, quindi, per stati o fatti per accertare i quali il processo cognitivo debba essere basato su parametri che sono nella disponibilità del valutatore, sottraendoli alla oggettività. Si veda P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoresponsabilità privata*, Roma, Philos, 2005, 299; sul punto, specifica L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., 126 ss., che occorre distinguere tra circostanze non verificabili in assoluto dall'amministrazione da quelle per le quali sia solo difficile reperire una prova documentale.

⁹⁰ Si veda S. GIACHETTI, *Certificazione*, cit., 4. Ne condivide i rilievi P. LAZZARA, *Autocertificazione*, cit., il quale specifica che correttamente il legislatore ha evitato l'impiego del termine ambiguo di "autocertificazione", per riferirsi, invece, alle dichiarazioni sostitutive. In senso solo parzialmente conforme, si veda M. BOMBARDELLI, *Autocertificazione*, cit., 2., per il quale l'autocertificazione può essere collocata all'interno del sistema delle certezze giuridiche, pur se contestualizzata all'interno del complessivo disegno di riforma dell'amministrazione. Allo stesso modo M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, cit., 887, per il quale tra la certificazione e la dichiarazione che la sostituisce si rinviene una fondamentale differenza quanto all'efficacia probatoria, dovuta al fatto che la certezza creata dalla seconda è sempre sottoponibile a prova contraria. Nel senso per cui le dichiarazioni sostituite sono dotate della medesima forza degli atti che sostituiscono secondo M. A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO (a cura di) *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004, 230.

⁹¹ Si veda sul punto della differenza tra potere pubblico e potere privato A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. Amm.*, 2012, 561 ss.

certi limiti, conducono sarebbe la conseguenza proprio della possibilità – come si analizzerà in seguito – che l'amministrazione ha di controllarne la veridicità ed è volta a soddisfare un interesse collettivo, consistente nella possibilità dello stesso soggetto pubblico e degli altri consociati di considerare certa una determinata informazione che è alla base dell'adozione di un provvedimento o della legittimazione allo svolgimento di una specifica attività da parte del privato.

2.3. L'impiego delle dichiarazioni sostitutive all'interno del procedimento amministrativo

Come in precedenza anticipato, la legge 241/90 dedica l'art. 18 al tema delle autocertificazioni all'interno del procedimento amministrativo. Al momento dell'emanazione della compiuta disciplina sul procedimento, il legislatore ha dovuto necessariamente prendere atto che le istanze volte alla semplificazione documentale portate avanti attraverso l'istituto dell'autocertificazione, introdotto nell'ordinamento nel 1968, non avevano prodotto i risultati in origine auspicati⁹². Ecco che, pertanto, la disposizione si apre imponendo alle amministrazioni di adottare specifiche misure organizzative, fissando un termine di sei mesi entro il quale dotarsi degli strumenti idonei a garantire l'applicazione della l. n. 15/1968⁹³. Il tentativo piuttosto evidente è quello di dare nuovo impulso alla legge sull'autocertificazione, puntando l'attenzione proprio su uno degli aspetti, quello organizzativo, sui quali maggiormente i soggetti pubblici erano rimasti inerti.

In questa previsione la scienza giuridica ha evidenziato il rovesciamento di prospettiva posto in essere dal legislatore: non è più tanto il cittadino ad essere titolare del diritto di autocertificare, ma è l'amministrazione ad essere obbligata a fissare le modalità necessarie a scambiare le informazioni con le altre amministrazioni, sollevando da questo onere il privato⁹⁴.

⁹² A seguito della legge n. 241 del 1990 sono state predisposte una serie di circolari applicative da parte di alcuni Ministeri, ma soprattutto l'emanazione del d.P.R. 25 gennaio 1994, n. 130, il quale integra la disciplina normativa dell'autocertificazione con quella del procedimento amministrativo.

⁹³ In le previsioni di questa legge sono state sostituite, come già spiegato, dal d.P.R. 445/2000.

⁹⁴ La previsione implica l'avvio di un rilevante processo organizzativo interno all'amministrazione necessario allo scambio diretto dei flussi informativi segnando il passaggio di prospettiva "dall'autocertificazione all'autorganizzazione" (la definizione è di Lo Bianco. Cfr. G.C. LO BIANCO, *Autocertificazione e organizzazione amministrativa: le facilitazioni per i cittadini e per le imprese, le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà, le copie conformi, le legalizzazioni di firme, il regime dell'imposta di bollo su atti e documenti: guida all'applicazione delle leggi 15/68; 127/97; 191/98 e del D.P.R. 403/98*. 3. Ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 135). La riflessione è condivisa da M. BENEDETTI, *La decertificazione: come cambia il rapporto tra cittadino e amministrazione*, in *Il procedimento amministrativo tra de-certificazione e semplificazione. Le ultime novità in materia di: termini, decertificazione, conferenza dei servizi, scia, FormezPA*, 2014, 38 ss.

A ben vedere, come è stato sottolineato⁹⁵, la rubrica dell'art. 18 non sembra essere del tutto corretta, posto che, dopo il primo comma dedicato alle misure organizzative, i due successivi dettano norme relative all'acquisizione d'ufficio.

L'articolo in commento, infatti, dispone che l'amministrazione procedente acquisisca d'ufficio i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi che siano in possesso della stessa o di altra amministrazione, potendo richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti; allo stesso modo, il responsabile del procedimento accerta d'ufficio i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare.

La disposizione non può non essere letta congiuntamente all'art. 43, comma 1, d.P.R. 445/2000, che similmente impone al soggetto pubblico di procedere alla medesima acquisizione d'ufficio, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti. In alternativa, l'amministrazione è tenuta ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato.

Viene, quindi, delineata la raccolta dei documenti e dei dati rilevanti ai fini della decisione secondo due modelli per molti aspetti diversi tra di loro, quello dell'accertamento/acquisizione d'ufficio e quello dell'accettazione dell'autocertificazione⁹⁶.

Nel primo caso, che dalla lettura dell'art. 18 sembra essere privilegiato dal legislatore, soprattutto in una fase come quella attuale in cui le amministrazioni sono ampiamente dotate degli strumenti informatici idonei e adeguati alla loro interconnessione, il responsabile del procedimento è tenuto ad acquisire in via autonoma i riscontri su fatti, stati e qualità che la stessa amministrazione procedente o altro soggetto pubblico è tenuta a certificare. Come è stato evidenziato da alcuni commentatori⁹⁷, a ben vedere, se le disposizioni dell'art. 18 dovessero essere applicate in modo letterale, non sarebbe più necessario per il privato produrre nel procedimento amministrativo tanto certificati quanto dichiarazioni sostitutive. D'altro canto, la lettera dell'art.

⁹⁵ In particolare, da M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, cit., 873.

⁹⁶ Sulla ricostruzione in chiave evolutiva dell'art. 18 si veda M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, cit., 874 ss., secondo il quale la disciplina dell'accertamento del primo comma, mediante esibizione delle dichiarazioni e dei documenti, riflette lo stato iniziale di organizzazione amministrativa, in cui informatizzazione e sistema di cambio dei dati non erano sufficientemente sviluppati. A questa prima forma di semplificazione segue la sua evoluzione, con le previsioni dei commi successivi, che riflettono secondo l'Autore un modo di evoluto di concepire gli accertamenti istruttori, favoriti dalla maggiore informatizzazione e connessione telematica tra amministrazioni. In sostanza, l'autocertificazione ex comma 1 dovrebbe essere alternativa rispetto all'acquisizione d'ufficio ai sensi del comma 2.

⁹⁷ Il riferimento è a G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi*, cit., 123.

18, comma 2, non prevede alcun obbligo di allegazione in capo al privato⁹⁸; tuttavia la giurisprudenza⁹⁹ è ancora chiara nell'affermare che il dovere di accertamento d'ufficio si attiva solo a seguito di una specifica allegazione dei dati ed elementi rilevanti da parte dell'interessato. In questo senso, l'onere di produzione della documentazione viene mutato in onere di affermazione, facendo sorgere in capo all'ufficio pubblico il dovere di acquisizione.

Se, quindi, l'acquisizione d'ufficio è delineata nella l. 241/90 quasi come regola generale, l'introduzione delle informazioni rilevanti ad opera di dichiarazioni sostitutive dovrebbe costituire un'ipotesi residuale¹⁰⁰. Il compimento massimo del fenomeno della decertificazione, in sostanza, coincide non solo con il divieto di pretendere l'esibizione di certificati di pubbliche amministrazioni nel corso dei procedimenti amministrativi, ma anche nella mancata previsione dell'obbligo in capo al privato – come modalità privilegiata di introduzione dei c.d. “fatti semplici” che devono essere oggetto di informazione storica e valutativa da parte del responsabile del procedimento – di rilascio di una dichiarazione sostitutiva, con le formalità che la stessa richiede e la conseguente assunzione di responsabilità, privilegiando, al contrario, l'attività acquisitiva procedimentale.

Tra le due modalità di acquisizione della conoscenza all'interno del procedimento, infatti, quella maggiormente ispirata al non aggravamento sembra essere l'acquisizione d'ufficio. Tuttavia, non è difficile rilevare come, in alcuni casi, questa strada, in luogo dell'impiego delle dichiarazioni sostitutive, possa allungare i termini di conclusione del procedimento, se si pensa che, ad esempio, l'art. 2, comma 7, legge n. 241/90, consente di sospendere fino a trenta giorni il termine di conclusione del procedimento proprio per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche

⁹⁸ È l'amministrazione infatti che “può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti”.

⁹⁹ Cfr. Cons. Stato Sez. V, Sent., 06/05/2015, n. 2262: “è vero che, in via generale, l'acquisizione d'ufficio di documenti da parte del responsabile del procedimento obbedisce a criteri di buona amministrazione ed efficace andamento dei pubblici uffici (precetti di rango costituzionale, a norma dell'art. 97 Cost.), oltre che al preciso disposto del comma 2 dell' art. 18 della L. n. 241 del 1990, “comunque una tale acquisizione comporta un onere di preventiva, espressa e precisa dichiarazione, da parte dell'interessato, degli atti, già in possesso dell'Amministrazione, ai quali egli intenda far rinvio, non potendosi di converso configurare, a carico dell'Amministrazione, un onere di ricerca “al buio” della documentazione di volta in volta utile per l'interessato stesso, che finirebbe addirittura col porsi in contrasto con lo spirito dei precetti di cui sopra e con le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa e con il determinare possibili (ed inammissibili) situazioni di privilegio per taluni soggetti (per i quali la “ricerca” lasciata alla discrezionalità dell'Amministrazione si riveli “fruttuosa”) e di disfavore per altri (per i quali l'Amministrazione poco o nulla “rinvenga”)” (Consiglio di Stato n. 3801/2003).”.

¹⁰⁰ Così M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, cit., 6-7.

amministrazioni. Differente sarebbe, invece, il caso di utilizzo di dichiarazioni sostitutive per introdurre nel procedimento dati già in possesso dell'amministrazione, con il fine di ovviare a carenze organizzative ed inefficienze degli uffici.

Per individuare la migliore modalità di acquisizione delle informazioni al procedimento, si è proposto¹⁰¹ di impiegare come discriminante la tipologia di procedimento posto in essere, in relazione al tipo di provvedimento da adottarsi e della maggiore o minore formalizzazione del modulo procedimentale. In questo senso, i due estremi sarebbero, da un lato, i procedimenti ampliativi della sfera privata, con quello autorizzatorio in testa, ove si esprime al massimo grado la collaborazione tra privato ed amministrazione, e dall'altro, i procedimenti restrittivi della posizione giuridica del privato, con particolare riferimento a quelli ablatori o sanzionatori. Mentre nel primo caso, l'acquisizione e la verifica dei presupposti necessari all'adozione del provvedimento finale sono poste a garanzia del controllo circa la compatibilità dell'attività all'interesse pubblico, nella seconda ipotesi l'accertamento puntuale di fatti e dati è posto a garanzia del privato. La differenza riflette il diverso atteggiarsi del principio di legalità in queste due tipologie di procedimento amministrativo, in un caso limite minimo per evitare che l'interesse pubblico sia piegato all'arbitrio dell'istante, nell'altro argine al potere pubblico¹⁰².

Ad ogni modo, nei casi in cui l'istante introduca nel procedimento una dichiarazione sostitutiva, l'amministrazione, qualora non decida di procedere in ogni caso all'accertamento ed all'acquisizione d'ufficio, è tenuta a porre il contenuto dell'autocertificazione a base della determinazione finale. Infatti, avendo già valutato positivamente la rilevanza del dato ai fini della decisione finale, in capo all'amministrazione sorge l'obbligo di prendere in considerazione l'apporto partecipativo del privato, debitamente motivando la determinazione finale anche sulla base della ponderazione degli interessi emersi secondo quanto da questo rappresentato. Con la dichiarazione sostitutiva il soggetto pubblico è tenuto a far derivare le conseguenze già in origine previste per il caso di accertamento come rispondente al vero dell'informazione in essa contenuta, allo stesso modo che se il dato fosse stato oggetto di acquisizione d'ufficio¹⁰³. In questo senso,

¹⁰¹ Si veda E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 189; L. DONATO, *Le autocertificazioni tra verità e certezza*, 129 ss.

¹⁰² Per questo motivo, nei procedimenti autorizzatori l'impiego delle dichiarazioni sostitutive sarebbe coerente con il principio di non aggravamento e con l'elisione dell'istruttoria amministrativa primaria, riservando all'amministrazione poteri di controllo successivi. Nei procedimenti sanzionatori, invece, il conflitto già prodottosi tra interesse pubblico e interesse privato impedirebbe di impiegare autocertificazioni, ma imporrebbe fin da subito l'accertamento dei dati da parte dell'amministrazione, onde garantire anche la posizione del privato che ne subirà gli effetti.

¹⁰³ Come è stato rilevato, la dichiarazione sostitutiva introduce nel procedimento un dato che l'amministrazione sarebbe stata chiamata ad accertare d'ufficio, avendo già effettuato sullo stesso una

opera in favore della dichiarazione sostitutiva una presunzione di veridicità, superabile solo attraverso la prova del contrario. Una volta resa e, quindi, introdotta nel procedimento, la dichiarazione crea una sorta di vincolo sulla determinazione finale¹⁰⁴. La gravità di questo condizionamento sull'esito di un procedimento amministrativo, come in precedenza sottolineato, è bilanciata dal fatto che a questo vincolo, che viene imposto da un atto del privato, si accompagna il potere pubblico di controllo sulla veridicità di quanto dichiarato, che garantisce, pertanto, il corretto funzionamento del sistema.

Per completare la sintetica analisi di come l'impiego delle autocertificazioni sia disciplinato nella legge sul procedimento amministrativo, non può omettersi un breve cenno all'art. 30 della legge n. 241/90, dedicato agli atti di notorietà. La disposizione, oltre a dare indicazioni sul numero di testimoni necessari per la redazione dell'atto di notorietà, al secondo comma prevede un divieto per le amministrazioni e le imprese esercenti servizi di pubblica utilità e necessità di esigere atti di notorietà in luogo delle dichiarazioni sostitutive, per i casi in cui occorra provare qualità personali, stati o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato. Sui limiti di impiego di tale strumento, ancorché non espressi, ma necessari per il corretto funzionamento del sistema delle dichiarazioni sostitutive e per la sua compatibilità alla carta costituzionale, si rinvia alle considerazioni espresse in precedenza.

3. Dalla decertificazione alla deprovincializzazione: le autocertificazioni e le dichiarazioni sul possesso dei requisiti nella segnalazione certificata di inizio attività

Abbiamo fin qui evidenziato come le dichiarazioni sostitutive siano un modulo generale, alternativo e residuale rispetto all'acquisizione e all'accertamento d'ufficio, dei dati e delle informazioni su una serie di stati, qualità e fatti che l'amministrazione pone alla base della propria decisione a conclusione del procedimento amministrativo, normalmente volto ad accrescere la sfera giuridica del privato istante.

valutazione di rilevanza. Si veda sul punto F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, 142.

¹⁰⁴ Sulla possibilità per l'amministrazione di non tenere conto di quanto affermato nelle autocertificazioni le opinioni della scienza giuridica oscillano tra chi ritiene che il soggetto pubblico ben possa superare le affermazioni delle parti, anche sotto forma di autocertificazioni, laddove il responsabile del procedimento arrivi a ritenerle non fondate, anche oltre i casi di controllo a campione della veridicità, e chi, invece, lo esclude attribuendo alle dichiarazioni la stessa forza degli atti che le dichiarazioni sostituiscono. Nel primo senso, si veda E. CARLONI, *Le verità*, cit., 179; nel secondo M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, cit., 230.

A bene vedere, la legge n. 241/90 si occupa di autocertificazioni anche in altre disposizioni oltre all'art. 18.

Viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 19¹⁰⁵ e la disciplina da questo dettata sulla segnalazione certificata di inizio attività¹⁰⁶. Come noto, l'istituto consente di sostituire con una segnalazione del soggetto interessato ogni atto autorizzativo¹⁰⁷, comunque denominato dall'ordinamento¹⁰⁸, necessario per l'esercizio di un'attività imprenditoriale, commerciale o

¹⁰⁵ L'art. 19, comma 1, primo periodo, legge n. 241/90 espressamente dispone: "Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria".

¹⁰⁶ Per un quadro completo sull'evoluzione dell'istituto, dall'art.5 dello schema del disegno di legge approvato dalla *Commissione per la revisione della disciplina dei procedimenti amministrativi* presieduta da Mario Nigro alla formulazione attuale su cui ha inciso l'art. 5, comma 1, legge n. 124/2015, si rinvia ai contributi di E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 583 ss. e di W. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 903, che evidenziano come nel disegno di legge elaborato dalla Commissione Nigro, nel Titolo VI dedicato alla "Semplificazione dell'azione amministrativa", si prevedevano le "dichiarazioni sostitutive di autorizzazione".

¹⁰⁷ L'interpretazione della giurisprudenza e della scienza giuridica è unanime nel ritenere che l'elencazione degli atti autorizzativi sia meramente esemplificativa, potendo ricomprendere ogni atto di consenso il cui rilascio dipenda solo dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge. Si vedano, *ex multis*, M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Dir. Amm.*, 1996, 186; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 60; G. CORSO, *Attività privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 631; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017; A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 512; G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 l. 241/90*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 420.

Sulle difficoltà interpretative in ordine all'esatta ricognizione dei procedimenti autorizzatori sostituibili con la s.c.i.a. è intervenuto da ultimo il D. Lgs. 222/2016 (cosiddetto "Scia 2"), che, in attuazione della delega contenuta all'art. 5 della legge n. 124/2015, ha individuato i procedimenti di applicazione dei differenti regimi amministrativi per le varie attività private. Esso si compone di sei articoli e di una tabella, contenente l'individuazione dei diversi procedimenti e suddivisa in tre sezioni (dedicate, rispettivamente, al commercio, all'edilizia, e all'ambiente).

¹⁰⁸ Con la riformulazione dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 35/2005, conv. con mod. con legge n. 80/2005, è stato eliminato il riferimento alle abilitazioni, in quanto caratterizzate da un intervento tecnico-discrezionale dell'amministrazione, unitamente all'inciso "senza l'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecniche discrezionali". In merito, secondo E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, cit. 594, l'espunzione deriva dalla volontà di sottolineare la natura vincolata delle autorizzazioni che rientrano nell'ambito della s.c.i.a. Ne dà una lettura diversa N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017,

artigianale, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, a condizione che non sia previsto alcun limite o specifici strumenti di programmazione settoriale. Sono esclusi da tale possibilità casi in cui vengano in rilievo interessi per i quali il legislatore ritenga opportuno uno scrutinio espresso sull'attività che il privato intende avviare.

La segnalazione si presenta unitamente alla dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà relative a tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del d.P.R. 445/2000, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, alle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero alle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, del d.l. 112/2008, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti per l'avvio dell'attività, corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione.

La lettera della norma mostra come la portata ed il funzionamento dell'istituto siano necessariamente legati all'impiego di dichiarazioni sostitutive, che trovano nella s.c.i.a. uno dei maggiori campi di applicazione. Non a caso, infatti, la segnalazione è "certificata" proprio in quanto corredata delle "autocertificazioni" per ciò che riguarda gli elementi oggetto della disciplina esaminata in precedenza del testo unico sulla documentazione amministrativa e delle ulteriori attestazioni dei professionisti abilitato. Il privato, quindi, non è tenuto all'ottenimento di un provvedimento autorizzativo espresso, dovendo procedere, in luogo della presentazione della domanda, a prestare un'attività informativa¹⁰⁹ nei confronti dell'amministrazione, a cui è subordinato l'esercizio del proprio diritto. Nel porre in essere tale attività, invece di allegare i certificati che attestino il possesso dei requisiti necessari per l'avvio dell'attività, ne autocertifica la sussistenza, facendo applicazione, in relazione ad alcuni dati, degli istituti previsti dal testo unico sulla documentazione amministrativa. Da un lato, le dichiarazioni sostitutive semplificano le modalità di circolazione delle certezze; dall'altro, la s.c.i.a. semplifica il rapporto tra privato ed amministrazione, prevedendo un modello di legittimazione all'esercizio di una determinata attività che non richiede un provvedimento espresso.

914-919. La disposizione si riferisce espressamente anche alle concessioni non costitutive ed alle iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali. In merito alla prima categoria, la dottrina, a fronte della perplessità sollevata dall'inclusione di tali provvedimenti ad un regime di legittimazione *ex lege* e di controlli successivi, ha suggerito di intendere il richiamo connesso all'uso tecnico che della categoria il legislatore fa uso, volendosi in realtà riferire a vere e proprie autorizzazioni. Cfr. E. SCOTTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit., 594 e D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2018, 106 ss.

¹⁰⁹ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2016, 527.

È interessante notare, inoltre, che, mentre la disciplina generale dettata dall'interazione tra l'art. 18 legge n. 241/90 e il d.P.R. 445/2000 consente o, come visto, forse impone, all'amministrazione di procedere all'accertamento d'ufficio in luogo di richiedere le autocertificazioni, nella s.c.i.a. il meccanismo di funzionamento dell'istituto, per come è delineato dal legislatore, impone che le dichiarazioni sostitutive siano accettate dall'amministrazione e che solo attraverso queste si possa informare l'amministrazione circa specifiche circostanze, fatti e dati rilevanti ai fini dell'avvio dell'attività.

L'istituto, tuttavia, impone al privato oneri istruttori ulteriori: lo stesso, infatti, oltre alle dichiarazioni sostitutive propriamente dette, deve allegare, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, "le attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati [...] relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo", ed è tenuto, altresì, a corredare tali attestazioni e asseverazioni "dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione".

Si può evidenziare, fin da subito, come con questo sistema si addossi al privato una serie di incombenze istruttorie, legate alle consulenze dei tecnici, che certamente incidono sul costo complessivo che lo stesso è tenuto a sopportare¹¹⁰.

Tuttavia, è opportuno segnalare che l'art. 2 del D.lgs. 126/2016¹¹¹, con riferimento in generale ai procedimenti che non richiedono un'autorizzazione espressa, ha previsto che le amministrazioni statali si dotino di moduli unificati e standardizzati per definire in modo esaustivo, per le diverse tipologie di procedimento, i contenuti tipici e l'organizzazione dei dati delle istanze e comunicazioni, specificando la documentazione da allegare. Per la presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali, con riferimento all'edilizia e all'avvio di attività produttive, è stata disposta l'adozione di questi moduli in sede di Conferenza unificata, tenendo conto delle specifiche normative regionali¹¹². Lo scopo è

¹¹⁰ Prima della riforma del 2010, infatti, queste incombenze gravano sull'amministrazione procedente.

¹¹¹ Decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 126, *Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), a norma dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*.

¹¹² In particolare, l'art. 2, comma 1, dispone "Le amministrazioni statali, con decreto del Ministro competente, di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adottano moduli unificati e standardizzati che definiscono esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati delle istanze, delle segnalazioni e delle comunicazioni di cui ai decreti da adottare ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 124 del 2015, nonché della documentazione da allegare. I suddetti moduli prevedono, tra l'altro, la possibilità del privato di indicare l'eventuale domicilio digitale per le comunicazioni con l'amministrazione. Per la presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali, con riferimento all'edilizia e all'avvio di attività produttive, i suddetti moduli sono adottati, in attuazione del principio di leale collaborazione, in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997, con accordi ai sensi

evidentemente quello di ridurre al minimo le incertezze per gli operatori, garantendo l'uniformità nel contenuto dei diversi moduli di istanze, segnalazioni e comunicazioni che possono essere anche molto diverse tra di loro, rispettando al contempo l'autonomia in materia di Regioni ed enti locali.

I moduli approvati devono essere pubblicati sul sito istituzionale di ciascuna pubblica amministrazione destinataria di istanze, segnalazioni e comunicazioni. Inoltre, in base alla tipologia del procedimento, nei casi in cui la documentazione debba essere individuata dall'amministrazione precedente ovvero fino all'adozione dei moduli, le medesime pubbliche amministrazioni pubblicano sul proprio sito istituzionale l'elenco degli stati, qualità personali e fatti oggetto di dichiarazione sostitutiva, di certificazione o di atto di notorietà, nonché delle attestazioni e asseverazioni dei tecnici abilitati o delle dichiarazioni di conformità dell'agenzia delle imprese, necessari a corredo della segnalazione, indicando le norme che ne prevedono la produzione¹¹³.

Ancora, lo stesso D.lgs. 126/2016 ha ribadito il divieto di richiedere al cittadino la specificazione di informazioni e la produzione di documenti non necessari, in quanto autonomamente reperibili dall'amministrazione o perché non previsti dai moduli pubblicati; il comma 4, infatti, dispone che nel corso del procedimento è possibile chiedere all'interessato informazioni o documenti solo in caso di mancata corrispondenza del contenuto dell'istanza, segnalazione o comunicazione e dei relativi allegati al contenuto dei moduli standardizzati o alle indicazioni pubblicate sul sito di ciascun ente. È espressamente vietata non solo la richiesta di documenti già in possesso di una pubblica amministrazione, ma anche di ogni ulteriore di informazioni o allegazione documentale diversa da quanto espressamente previsto dai moduli *standard* approvati ai sensi del comma 1¹¹⁴.

dell'articolo 9 dello stesso decreto legislativo o con intese ai sensi della legge 5 giugno 2003, n. 131, tenendo conto delle specifiche normative regionali.” Ad integrazione della modulistica già approvata, con accordi del 5 ottobre 2017 e 22 febbraio 2018 sono stati approvati gli allegati tecnici e gli schemi XML, al fine di consentire l'interoperabilità e lo scambio dei dati tra le amministrazioni.

¹¹³ È interessante notare che l'art. 2, comma 4, in un certo senso riprendendo e rafforzando un principio ormai fermo in tema di documentazione amministrativa, oltre a escludere da parte dell'amministrazione ogni richiesta di informazioni o documenti ulteriori rispetto a quelli indicati ai sensi del comma 2, vieta espressamente che l'amministrazione precedente possa domandare documenti in possesso di una qualsiasi altra pubblica amministrazione. Il successivo comma 5 fissa il regime sanzionatorio in capo al funzionario che non osservi tale divieto.

¹¹⁴ Cfr. art. 2, commi 4 e 5 d. lgs. 126/2016: “4. L'amministrazione può chiedere all'interessato informazioni o documenti solo in caso di mancata corrispondenza del contenuto dell'istanza, segnalazione o comunicazione e dei relativi allegati a quanto indicato nel comma 2. È vietata ogni richiesta di informazioni o documenti ulteriori rispetto a quelli indicati ai sensi del comma 2, nonché di documenti in possesso di una pubblica amministrazione. Ferme restando le sanzioni previste dal decreto legislativo n. 33 del 2013, la mancata pubblicazione delle informazioni e dei documenti di cui al presente articolo e la richiesta di

Lo schema delineato dall'art. 19 si compone di una serie di elementi: prende avvio da una previsione normativa che definisce il regime dello svolgimento di determinate attività individuandone requisiti e presupposti, richiede una dichiarazione – oggi segnalazione – con cui il privato attesti la sussistenza di questi presupposti e prevede, in capo alla p.a. poteri di controlli e inibitori.

Rispetto all'impianto originario costituisce una novità proprio il sistema di "autocertificazioni, attestazioni, asseverazioni e dichiarazioni di conformità" che devono essere allegare alla segnalazione. I requisiti personali per lo svolgimento dell'attività, quindi, non devono essere semplicemente indicati – come la prima formulazione dell'art. 19 legge n. 241/90 e del regolamento attuativo d.P.R. n. 300/1992 prevedevano - ma devono essere inseriti formalmente all'interno di una dichiarazione redatta ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000.

Nella s.c.i.a., a ben vedere, l'apporto del privato nella rappresentazione di fatti e dati rilevanti ai fini dell'ottenimento di un effetto favorevole è evidentemente maggiore che nelle semplici dichiarazioni sostitutive previste dal testo unico sulla documentazione amministrativa. A parte la diversa natura e funzione degli istituti, nel primo caso la dichiarazione non richiama semplicemente informazioni ed elementi già contenuti in albi ed elenchi detenuti dall'amministrazione, né si riferisce esclusivamente ad eventi notori all'interno di un determinato ambito sociale. Il soggetto interessato, infatti, allega attestazioni che, quantomeno in un primo momento, sostituiscono l'istruttoria dell'amministrazione sul possesso dei requisiti a cui la legge condiziona l'esercizio di una specifica attività, impegnandosi a conformarla alle prescrizioni vigenti. In questo senso, si può sostenere che in capo al privato gravino veri e propri "oneri", essendo questo incaricato dei principali approfondimenti istruttori, ormai ridotti a vicende extra-procedimentali che l'interessato svolge in anticipo rispetto all'indagine posta in essere dall'apparato pubblico¹¹⁵.

integrazioni documentali non corrispondenti alle informazioni e ai documenti pubblicati costituiscono illecito disciplinare punibile con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da tre giorni a sei mesi." Sulla previsione sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale e di opportunità politica per plurimi profili da GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI, cit., 923, sia perché non era contenuta nella bozza di decreto sottoposta al parere del Consiglio di Stato, che ha comunque giudicato opportuna l'integrazione, sia perché in ogni caso una richiesta istruttoria da parte dell'amministrazione potrebbe intervenire nell'esercizio dei poteri di controllo successivi ai sensi dell'art. 19, commi 3 e 4, legge 241/90, oppure ancora dopo in sede di esercizio dell'autotutela. Una dimenticanza – anche eventualmente colposa della stessa amministrazione – nella previsione di uno specifico documento o autocertificazione da accompagnare al modulo potrebbe essere l'origine di conseguenze decisamente gravi.

¹¹⁵ In particolare, parla di oneri istruttori in capo al privato, tenuto ad addossarsi i costi ed i tempi delle verifiche ottenendo, in cambio, una rapida legittimazione allo svolgimento dell'attività P. LAZZARA, *I*

A questo punto, l'interprete non può non domandarsi quale sia effettivamente il ruolo che oggi è ricoperto dal privato segnalante nel funzionamento della s.c.i.a. e quale valore assuma la dichiarazione resa da questo. Il discorso è certamente strettamente connesso alla corretta individuazione della natura giuridica della s.c.i.a., dalla scienza giuridica indicata ora come misura di mera semplificazione¹¹⁶, ora come strumento di liberalizzazione, nel quale si assiste ad una legittimazione *ex lege*¹¹⁷, fino alla massima valorizzazione del ruolo del privato in funzione di autoamministrazione, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost.

Si deve preliminarmente segnalare che la legge può richiedere una comunicazione preventiva rispetto all'avvio di un'attività privata con funzione meramente notiziale; questo vale per le attività c.d. libere soggette a comunicazione. In queste ipotesi l'atto dell'interessato ha la finalità di rendere più agevole la funzione ordinaria di vigilanza e sanzione che spetta all'amministrazione. Trattandosi di un'attività meramente informativa, l'eventuale mancanza rileva ai fini dell'irrogazione di una sanzione che non ha ad oggetto l'attività avviata – che è libera – ma l'omissione imputabile al privato e normalmente ha natura pecuniaria. La legittimazione discende esclusivamente dalla conformità delle opere al quadro normativo-regolamentare.

procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce) Napoli, Jovene, 2008, 274.

¹¹⁶ Le prime letture dell'art. 19 legge n. 241/90, nella sua formulazione iniziale, erano improntate verso la mera semplificazione procedimentale, che avrebbe determinato il passaggio da un regime amministrativo ad un altro, pur sempre amministrativo, anche se semplificato e con una semplice inversione della normale sequenza procedimentale. Sarebbe rimasto fermo, quindi, il regime amministrativo a cui le attività erano sottoposte e la dimensione autoritativa nel rapporto tra privato e amministrazione. In questo senso si veda V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, cit., 65; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996, 213. Nello stesso senso M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., 149, secondo cui la semplificazione non fa venir meno la regola di diritto pubblico, ma, al contrario, la presuppone, semplificandola nelle sue modalità attuative.

¹¹⁷ La lettura prevalente della dottrina e della giurisprudenza riconduce la s.c.i.a. alla liberalizzazione ed alla legittimazione *ex lege*. Si tratta, quindi, di una legittimazione che non è il risultato mediato di un titolo provvedimento, ma che trova la sua fonte nel dato normativo. La nuova funzione dell'amministrazione consiste nella regolazione e nel controllo del libero esercizio della sfera privata. Naturalmente, la liberalizzazione implica il venir meno della necessità di un previo titolo autorizzativo, ma non la soppressione delle prescrizioni che occorre osservare per l'esercizio dell'attività. In questo senso si esprimono, *ex multis*, A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in A.A. VV., *Diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2005, 160; A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 2-3, 2, 601 ss.; M. P. CHITI, *Atti di consenso*, cit., 197; G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19 – 21 settembre 1996, Milano, 1997, 162; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 631; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 573. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, I, 1994, 22; A. POLICE, *Contributo allo studio delle Dichiarazioni di inizio attività e della loro natura giuridica*, in *N. aut.*, 2008, 20; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.

In modo dissimile, invece, avviene quando l'ordinamento richiede la comunicazione, subordinandovi l'acquisto della legittimazione all'esercizio dell'attività e facendo sorgere il potere di controllo in capo al soggetto pubblico. In questo caso l'omissione comporta un esercizio *sine titulo*, quindi abusivo, dell'attività; la comunicazione è condizione necessaria, ma non sufficiente, perché, ai fini dello svolgimento lecito dell'attività, occorre anche la conformità al quadro giuridico di riferimento.¹¹⁸

Posto che ormai sia la giurisprudenza sia il dato positivo affermano in modo chiaro la natura non provvedimento della segnalazione, è evidente che quest'ultima costituisce il momento centrale del funzionamento dell'istituto¹¹⁹. Nell'indagine sul rilievo della dichiarazione del privato, nell'impostazione della legittimazione *ex lege* – la più condivisa dagli interpreti – per lo più la stessa viene identificata come una mera dichiarazione di scienza rivolta all'amministrazione, resa al fine di renderla edotta dell'inizio di una attività che rientra nell'ambito dell'art. 19, ed allo stesso tempo onere che incombe sul privato¹²⁰. L'importanza della dichiarazione è tale che, in effetti, l'intero procedimento si focalizza sul privato dichiarante, attorno al quale ruota la fattispecie, pur se con il successivo potere di verifica dell'amministrazione. Partendo da queste premesse, alcuni Autori sono giunti ad evocare il concetto di autoamministrazione, modello secondo il quale l'intervento dei soggetti pubblici è solo eventuale e basato sull'autoresponsabilità del privato¹²¹, chiamato ad esercitare, secondo la visione più estrema, una vera e propria funzione amministrativa.

¹¹⁸ In questi termini W. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit., 906-907.

¹¹⁹ Nel tentativo di spiegare il rapporto tra il dovere del privato di presentare la segnalazione ed il diritto all'avvio dell'attività discendente dalla legge, parte della dottrina ha fatto riferimento alla figura del diritto potestativo sostanziale, il cui schema di base sarebbe rappresentato dalla sequenza norma-fatto-potere sull'*an*-effetto. Così L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, CEDAM, Padova, 1996, 206. Altra dottrina, invece, partendo dal presupposto della non corrispondenza tra titolarità ed esercizio del potere, ha ricondotta la segnalazione alla figura dell'onere. In questo senso A. TRAVI, *Semplificazione e tutela del cittadino*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1998, 108.

¹²⁰ In questo senso E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, Cedam, 2001, 195; A. ROMANO, *I diritti e le situazioni giuridiche soggettive*, cit. 160; M.P. CHITI, *Atti di consenso*, cit. 211. Negli stessi termini cfr. Cons. St., sez. IV, n. 3498/2005, secondo cui l'atto di comunicazione di avvio dell'attività non è una domanda, ma un'informativa, a cui viene subordinato l'esercizio del diritto.

¹²¹ In particolare si veda P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione*, Padova, CEDAM, 2004, 202 ss.; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, II, pp. 1320. Secondo questa impostazione la segnalazione avrebbe un contenuto volitivo, che consiste nella volontà dell'effetto, avvalendosi del relativo potere, e sarebbe espressione di autonomia non privata ma pubblica. Resterebbe, quindi, un atto di origine privatistica, ma con effetti pubblicistici, esercitando i privati una funzione amministrativa oggettivamente pubblica. Secondo questa lettura, l'imparzialità, necessario attributo dell'attività

A ben vedere, a pena di distorsioni nella lettura del ruolo del privato e nei rapporti tra questo e l'amministrazione, in base alle concrete modalità di funzionamento dell'istituto, per come il legislatore lo è andato delineando nel corso della relativa evoluzione normativa, è ormai consolidato in dottrina e giurisprudenza¹²² il rilievo che la s.c.i.a. sia un atto soggettivamente ed oggettivamente privato. L'istante, infatti, non esercita, neanche mediamente, una funzione amministrativa, ma è titolare di una posizione di vantaggio che la legge stessa gli attribuisce e può, quindi, realizzare il proprio interesse in via autonoma, senza che sia necessario l'intervento preventivo ampliativo dell'amministrazione, dovendo solo dare avvio ad un "contatto amministrativo" attraverso la trasmissione della segnalazione certificata. Come chiarito dal Consiglio di Stato¹²³, l'istituto si applica ad attività per il cui esercizio è necessario solo il possesso dei requisiti prescritti dalla legge; sono, quindi, attività libere, ma "conformate" dalle leggi amministrative e soggette alla verifica *ex post* del rispetto dei requisiti di tale conformazione.

È la stessa legge ad attribuire alle informazioni che il privato allega un certo grado di stabilità, necessario per procedere allo svolgimento dell'attività oggetto della segnalazione. Tale stabilità, tuttavia, è limitata – come già in precedenza sottolineato a proposito delle dichiarazioni sostitutive – a quel "contatto amministrativo" che si viene a creare con l'amministrazione al momento della presentazione della dichiarazione, non producendo effetti in altri e diversi procedimenti o per lo svolgimento di attività diverse, pur liberalizzate.

Anche nella s.c.i.a., come nelle dichiarazioni sostitutive, quindi, pare potersi escludere l'esercizio di una vera e propria funzione amministrativa da parte del privato. Anche perché,

amministrativa, sarebbe garantita dal sistema sanzionatorio approntato dall'ordinamento. Obiezioni a questa lettura sono state mosse da G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 162, che ne sottolinea, da un lato, l'inconciliabilità con l'imparzialità amministrativa, dall'altro, il fatto che, se intesa l'autoamministrazione come meccanismo di attuazione delle regole fondato sulla responsabilità del privato, non farebbe che coincidere con l'ordinaria autonomia decisionale di applicare, più banalmente, le regole dell'ordinamento alle proprie attività. Nello stesso senso E. SCOTTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit., 621-622.

¹²² Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 29/07/2011 n. 15. Come noto, sulla natura della s.c.i.a. (e, prima, della d.i.a.) in passato gli approcci ermeneutici oscillavano tra la posizione di chi le attribuiva un vero e proprio valore provvedimentale, con tutto ciò che ne conseguiva in termini di mezzi di tutela, e chi, al contrario, considerava la dichiarazione come un atto di natura privatistica. La questione è stata risolta dallo stesso legislatore già con il d.l. n. 138/2011, con l'introduzione del comma 6ter dell'art. 19, che, anche nella formulazione attuale, specifica che la segnalazione non costituisce provvedimento amministrativo autonomamente impugnabile, delineando espressamente i meccanismi di tutela esperibili da parte del terzo che si ritenga leso.

¹²³ Cfr. Cons. St., comm. Spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, sullo schema di decreto legislativo attuativo della delega art. 5 legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività, che lo definisce come "istituto non provvedimentale, che si inserisce in un quadro informato ai principi di liberalizzazione e di semplificazione, nonché ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela del legittimo affidamento".

quantomeno in relazione ai presupposti legittimanti oggetto di autocertificazione, detta funzione dovrebbe essere individuata in quella certificativa, circostanza che, tuttavia, non sembra coerente né con il dato letterale né con la *ratio* del sistema delle dichiarazioni sostitutive delineato dalla legge sul procedimento e dal testo unico sulla documentazione amministrativa. Ad una ulteriore analisi, l'impressione è che l'interazione tra la s.c.i.a. e le dichiarazioni sostitutive consenta semplicemente al privato di rendere più semplice il rapporto con l'amministrazione permettendogli di curare e realizzare il proprio interesse attraverso atti di natura privata, i quali, per espressa previsione legislativa, gli permettono di dare inizio ad una specifica attività non sottoposta ad un regime di autorizzazione preventiva.

Come è stato evidenziato dalla scienza giuridica¹²⁴, i due strumenti sono riconducibili al medesimo archetipo, pur con le dovute differenze. Nel meccanismo delle dichiarazioni sostitutive, infatti, il titolo pubblico, cioè la dichiarazione di scienza esternata in funzione di partecipazione, in passato unico strumento idoneo a creare una verità convenzionale, legittimando così le attività che avevano in tale dichiarazione un presupposto concettuale, è sostituito da un titolo formato dagli interessati in via autonoma, cioè una dichiarazione di scienza privata, alla quale l'ordinamento attribuisce la stessa efficacia, nei limiti di quel procedimento, del certificato vero e proprio rilasciato da un soggetto pubblico.

Nella s.c.i.a., invece, alla decertificazione si unisce la deprovincializzazione¹²⁵. La funzione amministrativa, tuttavia, non è svolta dal privato, ma resta in capo all'amministrazione, che rimane titolare del potere di controllo - come sarà meglio spiegato nella prosecuzione di questo lavoro - sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive e sull'effettivo possesso dei requisiti per lo svolgimento dell'attività, tanto secondo la disciplina dettata dal d.P.R. 445/2000, quanto secondo le disposizioni della stessa legge n. 241/90 sull'intervento conformativo, repressivo e/o sanzionatorio.

4. Oltre le dichiarazioni sostitutive: le “autocertificazioni improprie” sul possesso dei requisiti

¹²⁴ G. GARDINI, *Autocertificazione*, cit., che sottolinea come non venga meno la necessità del titolo per l'esercizio di determinate attività, né la rilevanza per l'ordinamento del momento dichiarativo; tuttavia viene superata la natura pubblicistica di tale titolo che, secondo il modello della liberalizzazione, è sostituibile con un atto di iniziativa privata.

¹²⁵ L'espressione “deprovincializzazione” è stata impiegata per la prima volta da M. P. CHITI, *Atti di consenso*, cit., 494 e ss.

Abbiamo visto come, partendo dall'esigenza di semplificare i rapporti tra amministrazione e cittadino e nell'ottica di snellire lo svolgimento dell'istruttoria amministrativa in relazione ad alcuni dati e circostanze normalmente oggetto di atti di certezza pubblica, il legislatore abbia consentito la sostituzione di detti atti con dichiarazioni dei privati interessati. Queste ultime, secondo il modello delineato dagli artt. 46 e 47 del testo unico sulla documentazione amministrativa, hanno ad oggetto, nel primo caso, certezze già trascritte in pubblici registri, nel secondo, fatti notori all'interno di una specifica cerchia sociale, che l'amministrazione ben può – e deve – porre a fondamento della propria determinazione finale.

Abbiamo anche visto che uno dei campi privilegiati di impiego delle dichiarazioni sostitutive sia costituito dall'istituto disciplinato dall'art. 19 legge n. 241/90, nel quale, alle dichiarazioni rilasciate ai sensi del d.P.R. 445/2000, si uniscono le attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero le dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese, “relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti” a cui la legge subordina lo svolgimento dell'attività, corredate dei necessari elaborati tecnici, che possano consentire alle amministrazioni di svolgere gli opportuni controlli. Come già evidenziato, il privato interessato ad intraprendere un'attività economica, dichiara all'amministrazione competente il possesso dei requisiti, sia soggettivi che tecnici, e procede immediatamente a dare inizio a detta attività.

A ben vedere, non è solo l'istituto disciplinato dall'art. 19 a basarsi sull'autorappresentazione degli elementi necessari da parte dell'istante. Viene in evidenza, in questo senso, l'art. 21 della legge n. 241/90 che, dedicato testualmente alle “disposizioni sanzionatorie”, dispone che con la segnalazione o con la domanda ex artt. 19 e 20, “l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti”. Anche nella fattispecie del silenzio-assenso, quindi, al privato sarebbe attribuito il compito di rappresentare nel procedimento tutti quegli elementi necessari per l'ottenimento di un provvedimento favorevole. Tant'è che, in caso di dichiarazioni false o mendaci, in entrambi i casi non è possibile la successiva conformazione dell'attività e dei suoi effetti alla legge ed il dichiarante incorre nella sanzione prevista dall'art. 483 c.p.¹²⁶

In effetti, pur nel diverso meccanismo legittimante che si concreta nei due istituti, in entrambi i casi si avverte come l'istruttoria procedimentale sia sostituita – o quantomeno possa essere sostituita – da quella posta in essere dai privati, i quali si assumono la responsabilità della

¹²⁶ L'art. 483 c.p., rubricato “Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico” dispone: “Chiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni. Se si tratta di false attestazioni in atti dello stato civile, la reclusione non può essere inferiore a tre mesi.”

sussistenza dei presupposti normativamente previsti, dichiarandoli. Restano ferme le dovute differenze tra i due modelli¹²⁷, ma sembra che, in entrambi i casi, l'istruttoria amministrativa ceda il passo in favore di vicende extra-procedimentali che l'interessato svolge in anticipo rispetto all'indagine – in un caso eventuale - posta in essere dall'apparato pubblico. Non a caso, è stato evidenziato che i due istituti devono essere letti congiuntamente e che il senso che si ricava dal complesso di queste norme è che la libertà del cittadino deve precedere l'autorità dell'amministrazione, che è in ogni caso deputata non a porsi a fondamento di questa libertà, ma a prenderne atto e confermarne l'esercizio, se meritevole di prosecuzione¹²⁸.

In proposito, parte della scienza giuridica¹²⁹ ha, tuttavia, sottolineato le differenze tra strumenti di semplificazione documentale e i moduli procedimentali ispirati a esigenze di liberalizzazione o semplificazione procedimentale, nei quali si avrebbero delle c.d. "autocertificazioni improprie". Le dichiarazioni sostitutive, infatti, sollevano i privati dell'onere della prova in ordine a fatti notori o conosciuti o, in alternativa, già attestati o comunque certificabili dall'amministrazione. Non potrebbe parlarsi di vere e proprie autocertificazioni, invece, a proposito di quelle dichiarazioni con le quali i privati attestano la sussistenza di specifici presupposti e requisiti necessari per l'ottenimento di un provvedimento favorevole e per provare la legittimazione a compiere determinate attività private. Si tratta, infatti, di manifestazioni dei privati con le quali non si fa riferimento ad un evento notorio o ad un dato già accaduto e la cui sussistenza può essere certificata, ma di vere e proprie assunzioni di responsabilità nei confronti dell'amministrazione. Pertanto, si tratterebbe di manifestazioni negoziali con effetti obbligatori, aventi ad oggetto la rispondenza dell'attività posta in essere alle prescrizioni normative e tecniche in vigore.

Esempi ne sono sia la disciplina dettata dall'art. 19 legge n. 241/90 sia molte delle disposizioni dettate per l'esercizio dell'attività edilizia dal relativo testo unico, ma anche, come vedremo soffermandoci su due ambiti nei quali vengono svolte procedure comparative, le discipline che regolano l'affidamento di appalti e concessioni e il riconoscimento di incentivi pubblici per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

¹²⁷ L'uno, come tecnica di liberalizzazione, fondato sulla legittimazione *ex lege*, l'altro, sull'effetto *ex lege*, che consente al privato di ottenere una legittimazione pur in caso di mancata risposta dell'amministrazione, dalla quale avrebbe dovuto ottenere il provvedimento autorizzatorio legittimante. Sulla distinzione si veda A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, cit.; G. VESPERINI, *Il silenzio-assenso e la denuncia sostitutiva di autorizzazione dopo la legge 241 del 1990: un bilancio*, in *Dir. e soc.*, 1997, 105

¹²⁸ In questi termini A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 573. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, cit., 23.

¹²⁹ Cfr. P. LAZZARA, *Autocertificazione*, cit., 561 ss., che ne sottolinea ulteriormente la differenza sul piano funzionale.

Tanto le dichiarazioni sostitutive quanto le ulteriori “autocertificazioni” sul possesso dei requisiti che il privato può presentare all’amministrazione incidono, modificandola, sulla fase dell’istruttoria procedimentale, sui principi su cui questa si fonda e, in definitiva, sui rapporti tra amministrazione e amministrato.

Si tratta di capire, però, se l’effetto in termini di oneri di allegazioni istruttorie sia il medesimo o se, nelle c.d. autocertificazioni improprie, nonostante la *ratio* semplificatrice delle riforme che ne hanno introdotto e modificato i caratteri, non si possa cogliere, in realtà, un aggravamento delle incombenze gravanti sul privato e come questo diverso riparto degli oneri istruttori si concili con l’esigenza di ricerca delle verità e, in definitiva, con il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione¹³⁰.

5. L’istituto generale dell’“autocertificazione”

Quanto illustrato fino ad ora a proposito delle dichiarazioni sostitutive e delle “autocertificazioni improprie” conduce a ritenere che, oramai da qualche anno, l’autocertificazione si sia imposta come istituto generale applicabile al complesso dell’attività amministrativa e a tutti i rapporti tra privato e soggetto pubblico all’interno del procedimento.

Questo vale tanto nei procedimenti destinati a concludersi, secondo il modello classico, con un provvedimento espresso ed all’esito di una compiuta istruttoria da parte del responsabile, anche con l’apporto delle dichiarazioni sostitutive, quanto in quei casi in cui il privato è legittimato direttamente dalla legge ad intraprendere una specifica attività, dovendo dare al soggetto pubblico una rappresentazione del possesso dei requisiti a cui l’ordinamento subordina l’esercizio di quella attività ed essendo soggetto, entro determinati limiti, a poteri pubblici di intervento successivo.

La valenza generale dell’istituto autocertificatorio si è avuta sul piano del diritto positivo – come già evidenziato - attraverso la modifica al testo unico sulla documentazione amministrativa operata dall’art. 15, legge 12/11/2011 n. 183. La disposizione è intervenuta sulla formulazione dell’art. 40, i cui commi 1 e 2 oggi dispongono che le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo

¹³⁰ Evidenzia il possibile effetto dissuasivo degli oneri istruttori circa l’impiego di questo strumento M. DE BELLIS, *I regimi amministrativi delle attività private (art. 5)*, in B.G. MATTARELLA ed E. D’ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla Legge n. 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Ed. IlSole24Ore, 2017, 139-154. Note critiche in relazione alla tendenza alla deresponsabilizzazione dell’apparato pubbliche sono espresse da M.A. SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto*, in *Giust. amm.*, 2005, 3, 549 ss.

nei rapporti tra privati e che sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati debba essere apposta, a pena di nullità, la dicitura «Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi». Conseguentemente, il legislatore è intervenuto anche sulla formulazione dell'art. 43, co. 1, dello stesso testo unico, che oggi, impone alle pubbliche amministrazioni ed ai gestori di pubblici servizi di “[...] acquisire d’ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni”, con l’unica alternativa del ricorso all’autocertificazione.

Sulla portata generale dell’istituto autocertificatorio si rinvencono indicazioni testuali anche in altre previsioni del d.P.R. 445/2000; in questo senso, l’art 77*bis* stabilisce che le disposizioni in materia di documentazione amministrativa, e relativa semplificazione, si applichino a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, comprendendovi espressamente le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali.

Non a caso, anche prima delle ulteriori spinte del legislatore volte a promuoverne l’impiego anche contro e oltre le resistenze delle prassi delle amministrazioni, la giurisprudenza aveva affermato che “la possibilità [di impiego] delle dichiarazioni sostitutive costituisce un principio dell'ordinamento, di immediata e diretta applicazione”¹³¹. E che pertanto, nelle procedure di evidenza pubblica, l’eventuale mancata espressa previsione di impiego di queste dichiarazioni non poteva comunque impedire al cittadino di servirsene nel corso del procedimento; allo stesso modo, un eventuale divieto espresso era da considerarsi *tamquam non esset*.¹³²

5.2 Il ruolo dell’autocertificazione all’interno dell’istruttoria amministrativa e la sua incidenza sulla funzione conoscitiva pubblica

Come anticipato nelle parti precedenti del presente lavoro, attraverso la sempre maggiore promozione dell’utilizzo delle dichiarazioni sostitutive e con le modifiche che hanno interessato la disciplina della d.i.a./s.c.i.a. e, in generale, i procedimenti volti all’ottenimento di provvedimenti accrescitivi della sfera giuridica dell’istante, si è assistito ad una modifica

¹³¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2000, n. 6318.

¹³² Cfr. Cons. St., sez. V, 28 dicembre 2001, n. 6454.

dell'atteggiarsi dell'istruttoria amministrativa e del ruolo che, all'interno di questa, può dirsi riservato al privato, da un lato, ed al responsabile del procedimento, dall'altro.

Come noto, l'istruttoria è quella fase del procedimento finalizzata da accertare i fatti ed i presupposti del provvedimento e ad acquisire e ponderare gli interessi che vengono in rilievo nell'esercizio del potere¹³³. Questo momento procedimentale, quindi, è volto tanto a conseguire la verifica ed elaborazione dei fatti, quanto ad acquisire la piena conoscenza di tutti gli interessi coinvolti, in vista del loro bilanciamento.

Di questo momento si occupa il responsabile del procedimento, che, ai sensi dell'art. 6 legge n. 241/90 "accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria".¹³⁴ L'attività conoscitiva in senso proprio, preordinata ad acquisire la conoscenza sulla realtà¹³⁵, ha ad oggetto dati di fatto, che possono essere individuati come rilevanti dall'amministrazione stessa oppure essere rappresentati da soggetti esterni, i quali, attraverso la partecipazione al procedimento, esibiscono, quindi, documenti, certificazioni o dichiarazioni all'amministrazione, che, in alternativa, può essere chiamata a formarli in modo autonomo.

L'istruttoria si svolge secondo il principio inquisitorio¹³⁶, che fonda le sue radici nel dovere di imparzialità e, quindi, nel principio di legalità ex art. 97 Cost. In virtù di questo canone, in linea generale, l'amministrazione non è vincolata dalle allegazioni dei fatti rinvenibili nelle istanze che le sono rivolte, dovendo estendere la sua indagine anche a tutte le situazioni di fatto

¹³³ Per una trattazione ampia si veda E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 442 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, 1125 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, seconda edizione, Bologna, Il Mulino, 2017, 245 ss.

¹³⁴ L'art. 6 legge n. 241/90, rubricato "Compiti del responsabile del procedimento", in particolare, dispone: "Il responsabile del procedimento: a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento; b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali; c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14; d) cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti; e) adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale."

¹³⁵ Sulla difficoltà di distinguere, nella pratica, fatti ed interessi si veda E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 442.

¹³⁶ Riconosciuto come principio generale anche dalla giurisprudenza. Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 20 dicembre 1986, n. 2334.

che il legislatore pone come presupposti per l'azione amministrativa.¹³⁷ L'istruttoria, quindi, deve tendere alla completezza ed adeguatezza, potendo il responsabile compiere tutte le indagini che reputi opportune e basare la determinazione finale su elementi non indicati in precedenza da altri soggetti, avendo come punto di riferimento l'interesse pubblico che con quel procedimento si intende perseguire e che giustifica o impone l'esercizio del potere in una determinata direzione¹³⁸.

Certamente, sull'istruttoria e sul suo maggiore o minore grado di approfondimento hanno inciso le misure di semplificazione introdotte a partire dalla legge sul procedimento amministrativo, la cui *ratio* nel tempo, come già evidenziato, è stata la razionalizzazione del procedimento e dell'organizzazione amministrativa e la definizione dei tempi dell'attività procedimentale, in vista della maggiore efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa¹³⁹. Queste previsioni hanno inciso con diverse modalità e diversi gradi di intensità sull'attività conoscitiva dell'amministrazione, in alcuni casi riducendone i tempi, in altri contraendola o eliminandola del tutto. Ci si è, quindi, chiesti se il principio inquisitorio abbia ancora valenza all'interno del procedimento amministrativo, quando è il privato chiamato in primo luogo ad introdurre la maggior parte (o le sole) informazioni e allegazioni rilevanti ai fini della decisione o ai fini dell'integrazione della fattispecie legittimante la sua attività.

A questo proposito, è bene dare conto della diversa gradazione che lo stesso principio inquisitorio può avere; questo, infatti, può essere inteso, in un primo senso, come acquisizione anche oltre le allegazioni delle parti; in una seconda accezione, invece, lo stesso si atteggia ad assunzione d'ufficio delle prove rilevanti, ma senza andare oltre quanto rappresentato ed introdotto nel procedimento dagli interessati. La distinzione assume rilievo a seconda che si tratti di procedimenti ad istanza di parte e di procedimenti avviati d'ufficio: nel primo caso, l'amministrazione procedente non sarebbe tenuta a prendere in considerazione fatti costitutivi primari non rappresentati da colui che ne aveva la disponibilità¹⁴⁰.

¹³⁷ Sul problema posto dal principio inquisitorio nell'esatta delimitazione dell'oggetto dell'istruttoria, inteso come porzione di realtà verso cui la p.a. deve focalizzarsi in vista del provvedimento e sulla non univocità di soluzioni interpretative si veda E. CASSETTA, *op. ult. cit.*, 443.

¹³⁸ Sul punto si veda F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 371. Per un approfondimento sul principio inquisitorio e sul suo fondamento, in relazione all'esercizio di poteri autoritativi, nelle ricostruzioni anche della dottrina straniera si veda P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 91 ss.

¹³⁹ Il riferimento è a tutti gli istituti volti in generale alla semplificazione del procedimento, come la conferenza di servizi (art. 14-14*quinquies*) gli accordi fra pubbliche amministrazioni (art. 15), l'attività consultiva (art. 16), le valutazioni tecniche (art. 17), il neo-introdotta silenzio assenso tra p.a. (art. 17*bis*), oltre alle già ricordate misure delle autocertificazioni (art. 18), s.c.i.a. (art. 19) e silenzio-assenso (art. 20). Per una trattazione completa ci veda A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, cit.).

¹⁴⁰ Così P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 271 ss.; in precedenza F. LEVI, *L'attività conoscitiva*

Ecco che, quindi, molte delle misure di semplificazione operano spostando sul privato una gran parte delle responsabilità istruttorie, onerandolo dell'allegazione degli elementi a lui favorevoli secondo il c.d. "criterio dell'interesse";¹⁴¹ si pensi a tutti i procedimenti accrescitivi - *in primis* quelli autorizzatori, ma anche le procedure comparative - dove l'interesse sostanziale al provvedimento favorevole è evidentemente in capo al privato, su cui incombono doveri di informazione e di leale collaborazione, e non c'è, in linea di principio, un prevalente interesse pubblico che di per sé possa giustificare l'adozione del provvedimento.

È stato, quindi, evidenziato come sia la corretta declinazione del principio inquisitorio a non giustificare, in vista di una istruttoria completa, atteggiamenti dilatori e ostruzionistici da parte dell'amministrazione¹⁴² e che proprio l'istruttoria ed i principi a cui si ispira costituiscano uno dei maggiori banchi di prova delle riforme amministrative degli ultimi anni. Non a caso è principio generale che guida l'attività amministrativa il dovere di non aggravamento, unitamente ai principi di economicità e di efficacia sanciti espressamente dall'art. 1 legge n. 241/90.¹⁴³

Principio inquisitorio e dovere di non aggravamento devono, quindi, coordinarsi: il secondo impone di interpretare il primo nel senso che qualsiasi aggravio deve essere adeguatamente giustificato e motivato. È proprio questo equilibrio tra le diverse esigenze contrapposte a ridurre le incombenze istruttorie gravanti sull'amministrazione, accrescendo al contempo gli oneri di allegazione e di prova in capo al privato. È quest'ultimo che deve dimostrare gli elementi necessari perché il suo interesse possa essere soddisfatto in quanto in linea con quello pubblico. L'amministrazione, dal canto suo, deve verificare la veridicità delle allegazioni e cercare in via autonoma eventuali fatti impeditivi.

Volendo focalizzarsi sulla semplificazione documentale, tra il materiale che i privati possono introdurre nell'istruttoria rientrano, in primo luogo, le dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto di notorietà. Queste, come già evidenziato, sono state introdotte nell'ordinamento in sostituzione dei certificati per alleggerire gli oneri istruttori incombenti sul privato, evitandogli di doversi procurare atti provenienti dallo stesso o da diverso soggetto

della pubblica amministrazione, cit., 386, che evidenziava come, "tutte le volte in cui taluno interviene nel procedimento a tutela di un proprio interesse [...] è corretto presumere che egli enunci tutte le ragioni a sé favorevoli."

¹⁴¹ Sul punto P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 98.

¹⁴² G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, 41.

¹⁴³ Art. 1 legge n. 241/90: "1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. [...] 2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria."

pubblico per attestare determinate circostanze e consentendogli di sostituirli con documenti equipollenti ai fini dell'acquisizione istruttoria. Se si volge lo sguardo alla semplificazione procedimentale e liberalizzazione delle attività economiche – *in primis* la s.c.i.a. – l'art. 19, lo si ripete, consente al privato di dare avvio all'attività economica presentando, oltre alle dichiarazioni sostitutive ai sensi del d.P.R. 445/2000, anche “le attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati [...] relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo”. Queste, in aggiunta, “sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione.”

In queste fattispecie, sembra quasi che all'istruttoria procedimentale svolta dal responsabile del procedimento, si sia sostituita un'istruttoria extra-procedimentale portata avanti dall'interessato e sotto la sua piena responsabilità. Ci si chiede, a questo punto, come questo modello si concili con il principio inquisitorio e se le allegazioni che incombono sul privato possano far parlare ancora di semplificazione, se, come sembra, dall'iniziale alleggerimento degli oneri che gravano sull'interessato con la semplice autocertificazione si è passati ad un aggravamento della sua posizione, in termini di responsabilità e di costi¹⁴⁴.

Non che l'amministrazione sia spogliata di qualsiasi obbligo di approfondimento; ma la verifica, come vedremo, è successiva e, quantomeno per alcune fattispecie, eventuale e sottoposta a limiti temporali. In questo senso si inserisce, accanto al principio inquisitorio ed al dovere di completezza dell'istruttoria, il dovere di non aggravamento, che fa sì che il privato sia sottoposto ai principi di efficienza e di economicità¹⁴⁵: se il fine del procedimento è la soddisfazione di un interesse del privato, che aspira ad uno specifico bene della vita, è questo ad essere onerato dall'introduzione nel procedimento di tutti gli elementi a suo favore, che giustifichino l'adozione del provvedimento amministrativo, avendo l'amministrazione appurato la corrispondenza tra l'interesse sostanziale del privato e l'interesse pubblico da questa curato.

¹⁴⁴ Evidenzia il possibile effetto dissuasivo degli oneri istruttori circa l'impiego di questo strumento M. DE BELLIS, *I regimi amministrativi delle attività private (art. 5)*, in B.G. MATTARELLA ed E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla Legge n. 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Ed. IlSole24Ore, 2017, 139-154. Solleva dubbi sul fatto che un meccanismo di autoresponsabilizzazione possa tradire la fiducia degli operatori, esponendoli a rischi maggiori di quelli a cui ordinariamente è sottoposto il titolare di un provvedimento espresso, con l'effetto di vanificare l'intento semplificatorio dell'intero art. 19 legge n. 241/90. M. A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 155 ss.

¹⁴⁵ In effetti, il principio “di non aggravamento sottopone il principio inquisitorio al principio di economicità e di efficienza”. Così si esprime G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, 518 ss.

In definitiva, quindi, il principio inquisitorio non è da intendersi tanto più solo come il dovere per l'amministrazione di acquisire d'ufficio tutte le informazioni rilevanti, ma piuttosto come "responsabilità sulle risultanze istruttorie"¹⁴⁶. Più che tendere alla verità materiale, il soggetto pubblico è responsabile della veridicità degli elementi e delle informazioni alla base della decisione amministrativa, dovendo ricercare in via autonoma elementi impeditivi all'adozione del provvedimento a cui il privato aspira. Questi, d'altro canto, in un procedimento volto all'accrescimento della propria sfera giuridica, mira a realizzare un interesse personale, che tenta di rappresentare come massimamente rispondente all'interesse pubblico che l'amministrazione è chiamata a curare. Ma è proprio il fatto che sia l'utilità personale a spingerlo a rapportarsi con l'amministrazione a giustificare l'imposizione in capo allo stesso di oneri di allegazione e dimostrazione dei fatti¹⁴⁷.

L'esempio delle procedure comparative è evidente: sia nei concorsi pubblici che nelle procedure di gara l'amministrazione non può che basare la propria determinazione sulle allegazioni dei fatti provenienti dai partecipanti, potendo solo verificarne la veridicità o accertare l'eventuale esistenza di fatti impeditivi, in applicazione pur sempre del principio inquisitorio, ma inteso, in questo caso, in senso formale.

In questo senso possono essere lette anche le disposizioni relative all'impiego delle dichiarazioni sostitutive all'interno del procedimento: il privato deve provare i fatti costitutivi primari e i presupposti a fondamento della sua pretesa e, attraverso gli strumenti di semplificazione documentale, l'ordinamento gli consente di dimostrare le sue affermazioni con mezzi di più agevole produzione. L'amministrazione, proprio sulla scorta del principio inquisitorio, dove concentrare il suo intervento nella fase di controllo, verificando la veridicità di quanto dichiarato, ma non deve spingersi fino alla ricerca in modo autonomo di quegli elementi favorevoli per l'interessato di cui lo stesso abbia la disponibilità.

L'introduzione delle dichiarazioni sostitutive ha evidentemente influito sull'istruttoria amministrativa, modificandola; l'alleggerimento delle incombenze istruttorie, infatti, è stato uno degli obiettivi che la semplificazione documentale ha avuto di mira. Questo, tuttavia, non implica un mutamento dell'onere della prova: è l'interessato a dover fornire, attraverso

¹⁴⁶ Così si esprime P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 116.

¹⁴⁷ Secondo P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, 135 queste sono le considerazioni che conducono a ritenere che nei procedimenti accrescitivi trovi impiego il principio dispositivo, dovuto all'autonomia extraprocedimentale delle parti e la disponibilità su alcuni elementi in via esclusiva, da un lato, e la presenza di interessi distinti e potenzialmente in contrapposizione. In definitiva, il principio inquisitorio vige nella sua pienezza nei procedimenti in cui non è lasciata nella disponibilità dei privati l'acquisizione dei fatti rilevanti, perché sussiste un interesse pubblico che obbliga a indagare la verità materiale

l'autocertificazione, la prova del possesso di un determinato requisito ed è lo stesso interessato a dover, in alternativa, segnalare all'amministrazione gli elementi necessari perché questa possa procedere all'accertamento d'ufficio dello stesso. Tale conclusione deriva dalla considerazione che le maggiori possibilità di partecipazione al procedimento che vengono assicurate al privato interessato esprimono al contempo un diritto ed un onere, diminuendo le responsabilità dell'amministrazione nell'accertamento di fatti che lo stesso avrebbe dovuto rappresentare.

5.3 Segue. Il procedimento in autoresponsabilità

Se l'impiego delle autocertificazioni costituisce istituto generale, applicabile, salvo espresse esclusioni, a tutti i settori dell'ordinamento e ad ogni tipologia di procedimento e se, soprattutto nei procedimenti ad istanza di parte per l'avvio di attività economiche, l'ordinamento privilegia in modo particolare le rappresentazioni del privato, si può ben parlare di concentrazione o eliminazione di alcuni momenti istruttori o decisori, tanto dalla disciplina che emerge dal d.P.R. 445/2000 in materia di documentazione amministrativa, quanto dal complesso disegno del procedimento amministrativo come delineato dalla legge n. 241/90 (si pensi, a questo proposito, non solo ai sopra esaminati artt. 18, 19 e 20, ma anche a quanto previsto a proposito dagli articoli che regolano la conferenza di servizi, l'attività consultiva, le valutazioni tecniche e, da ultimo, il silenzio-assenso tra amministrazioni pubbliche).

Occorre a questo punto comprendere in che modo nei meccanismi semplificatori che si basano per lo più sulle dichiarazioni dei privati, interessati ad ottenere da parte del soggetto pubblico gli accertamenti e le attestazioni necessarie all'accrescimento della propria sfera giuridica, con la conseguente semplificazione del procedimento e la concentrazione di alcuni suoi momenti, possa conciliarsi con il principio inquisitorio e le esigenze di completezza dell'istruttoria.

Certamente, al maggiore ruolo assegnato al privato nella rappresentazione dei fatti e dei dati rilevanti ai fini dell'accrescimento della propria sfera giuridica non può non corrispondere una sua forte assunzione di responsabilità nello svolgimento dell'istruttoria. L'interpretazione pretoria, in effetti, da tempo ritiene che in questo campo viga un vero e proprio principio di autoresponsabilità nelle allegazioni e dichiarazioni della parte.

Come noto, l'autoresponsabilità è un termine ricorrente nella scienza del diritto privato e negli studi sull'autonomia privata, essendo riferibile al campo dell'autonomia negoziale¹⁴⁸. In termini generali, l'autoresponsabilità opera sottoponendo un soggetto alle conseguenze di una propria azione commissiva od omissiva¹⁴⁹. Si atteggia, cioè, a "criterio di assegnazione e distribuzione delle conseguenze del fatto, facente capo al soggetto che ne sia l'autore"¹⁵⁰, che trova il suo limite esterno nel contributo dato dall'agente alla fattispecie.

Questo criterio di imputazione delle conseguenze si comprende in pieno se messo in relazione con la libertà dell'agente, intesa come "possibilità di prendere una data iniziativa e assumere un dato contegno rispetto ad un determinato interesse proprio"¹⁵¹; l'area di azione dell'autoresponsabilità è, pertanto, circoscritta alla sfera degli interessi del soggetto agente, come "responsabilità verso sé stessi", a differenza della responsabilità, che, al contrario, si pone come concetto di relazione e presuppone due termini soggettivi, oltre che la lesione ingiusta della sfera giuridica di uno dei due.

Così individuata e delineata tale categoria, se, come in precedenza illustrato, i nuovi moduli della semplificazione documentale e procedimentale sono rimessi, per larga parte, all'attività del soggetto dichiarante, che si appropria di alcuni oneri istruttori, può sostenersi che

¹⁴⁸ Sul punto diffusamente si veda S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 452 ss. "Il fenomeno si rende visibile in tutte quelle situazioni nelle quali il soggetto, a causa del proprio comportamento, incorre nella perdita di un diritto, di un'azione, di una facoltà o, più generalmente, in una decadenza (ad esempio, art. 1287, 1952, 1957 c.c.). [...] L'attenta considerazione di questo aspetto del fenomeno ne lascia scorgere la fonte originaria e i limiti tradizionali, espressi nel principio: *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire* (Pomp., Dig. 50, 17, 203)". La connessione tra autoresponsabilità e autonomia privata è messa in luce anche da G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, Maggioli, 1995.

¹⁴⁹ S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, cit., nel delineare le differenze tra responsabilità (verso terzi) e autoresponsabilità, mette in luce la correlazione di questa con la mancata osservanza di un onere. In relazione all'autoresponsabilità originata dalle dichiarazioni rese, significativamente spiega che "colui che pone in essere una dichiarazione di natura negoziale, e specialmente una dichiarazione contrattuale, assume la responsabilità circa l'esistenza e il contenuto della dichiarazione stessa. Il fondamento di tale responsabilità starebbe nel «dato elementare e indisconoscibile, che, dell'intimo volere di ciascuna, l'altra parte null'altro sa, né è tenuta a sapere, se non quello che le rivela e fa palese la dichiarazione e la condotta della prima» (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ.*, dir. da Vassalli, XXV, Torino, 1960, 327-328)". Nella medesima ricostruzione, il fondamento dell'autoresponsabilità viene rinvenuto, nel nostro ordinamento, nell'art. 1227 c.c., che sancisce una autoresponsabilità per colpa e, più in generale, in tutte quelle specifiche disposizioni dell'ordinamento che prevedono particolari oneri per il conseguimento di determinate finalità.

¹⁵⁰ Così V. CAREDDA, *Il ruolo dell'autoresponsabilità nell'ordinamento giuridico*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 12, 968 ss. Secondo l'Autrice, l'autoresponsabilità riveste un ruolo centrale nell'ordinamento, attecchendosi a criterio di assegnazione delle conseguenze come vero e proprio principio generale.

¹⁵¹ Si esprime così S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, cit.

l'autoresponsabilità permei anche i procedimenti in autocertificazione¹⁵². In questo senso, l'autoresponsabilità esprime la condizione di quegli operatori che sono interessati all'adempimento di specifici oneri in vista del conseguimento di un determinato risultato utile, assumendosi il peso di tutte le relative incombenze. E' il modello della semplificazione, anche documentale, a basarsi sulla responsabilizzazione del privato e sta ad intendere che l'interessato che voglia dare avvio ad una specifica attività "poteva e doveva fare affidamento solo su se stesso"¹⁵³.

D'altro canto, con particolare riferimento alle dichiarazioni sostitutive, l'autoresponsabilità si riflette nel meccanismo decadenziale previsto dall'art. 75 d.P.R. 445/2000, che ne costituisce esplicazione, in quanto "derivante dalla possibilità di presentare dichiarazioni che abbiano valenza giuridica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tanto che l'eventuale "abuso" di tali strumenti (tale cioè da generare dubbi sulla veridicità del contenuto) può, tra l'altro, impedire - come nel caso di specie - il prodursi di effetti favorevoli nella sfera dell'interessato"¹⁵⁴.

È proprio il richiamo all'autoresponsabilità che pare mitigare, almeno in parte, l'attenuazione di un sistema istruttorio inquisitorio ed autoritativo nei procedimenti in commento. L'aspirazione verso il risultato sperato e, quindi, verso il soddisfacimento dell'interesse pretensivo costituirebbe il giusto contrappeso per l'attribuzione al privato di rilevanti responsabilità procedurali ed istruttorie¹⁵⁵ e per l'imputazione allo stesso delle conseguenze negative che dal cattivo esercizio di questo potere dovessero derivare.

¹⁵² Il fatto che l'autoresponsabilità sia un principio operante anche nel diritto amministrativo è pacificamente affermato dalla giurisprudenza, che in più occasioni ha sostenuto come nel procedimento amministrativo, in particolare nelle procedure comparative e di massa, "si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza — specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità — rivenienti il fondamento sostanziale negli art. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione". Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 6, secondo cui l'autoresponsabilità si pone come limite del legittimo affidamento del privato.

¹⁵³ In questi termini si esprime L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 771.

¹⁵⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 26 aprile 2006, n. 1054 e, da ultimo, T.A.R. Lazio, sez. III Ter, 29 gennaio 2018, n. 985."

¹⁵⁵ Si veda sul punto P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 64. L'Autore mette in guardia sul fatto che tale meccanismo può funzionare adeguatamente solo nei procedimenti ad istanza di parte e con riferimento alle allegazioni che rientrano nella responsabilità dell'interessato, in quanto il mancato adempimento di condizioni e prescrizioni vanno *in primis* a danno dell'interessato, non consentendogli di raggiungere l'effetto abilitante sperato. I doveri di leale collaborazione e informazione, invece, tornano ad imporsi come obbligatori nei procedimenti repressivi o sanzionatori. In queste ipotesi, il comportamento omissivo viene sanzionato in quanto violazione di un obbligo che deriva dalla legge.

Questo principio, con tutto quello che comporta in termini di poteri di verifica e di intervento repressivo-ripristinatore in capo all'amministrazione, potrebbe, quindi, rappresentare una risposta all'interrogativo del personaggio del racconto di Camilleri («Ma qui da noi, come fai a fidarti della parola di uno sconosciuto?») sull'effettiva applicabilità del sistema delle autocertificazioni nell'ordinamento italiano, in relazione, soprattutto, alla nostra coscienza civile.

6. Le autocertificazioni nell'iniziativa economica privata

Negli ultimi anni il procedimento amministrativo e gli interventi di riforma che lo hanno interessato sono stati impiegati dal legislatore come una delle sedi privilegiate per dare impulso alle politiche volte a favorire la libertà di iniziativa economica privata, sulla base del presupposto che le verifiche *ex ante* e le limitazioni ed i condizionamenti pubblici ne possano costituire un grande ostacolo. Ci si è, infatti, resi conto che regimi amministrativi di controllo preventivo possono scoraggiare l'esercizio di attività economiche, non favorendo la competitività del sistema economico generale, sia a causa dei costi che questi impongono alle imprese sia in considerazione dell'incertezza dei relativi esiti a cui gli stessi operatori sono costantemente soggetti¹⁵⁶. D'altro canto, oltre che considerazioni di ordine economico, ha inciso sull'evoluzione dei regimi autorizzativi anche l'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea; in questo senso, significativa è stata la direttiva relativa ai servizi sul mercato interno 2006/123/CE¹⁵⁷, adottata con lo scopo di limitare il ricorso a regimi di controllo a monte, partendo dalla considerazione che una delle maggiori difficoltà nell'accesso alle attività di servizi da parte delle imprese sia proprio la complessità, la lunghezza e l'incertezza dei procedimenti. La direttiva ha, quindi, consentito l'impiego dell'autorizzazione preventiva solo se la tutela dell'interesse pubblico non può essere

¹⁵⁶ In questo senso G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 186 ss, che richiama le spinte a ridurre il numero ed a semplificare le autorizzazioni da parte di indagini poste in essere da istituzioni internazionali, come il rapporto del *World Bank Group* sul *Doing Business*, che, nel valutare la facilità con cui nei vari ordinamenti si può accedere ad un'attività imprenditoriale e portarla avanti, considera, tra i diversi fattori di rilievo, anche il tempo occorrente per iniziare l'attività e ottenere la necessaria autorizzazione. La versione 2018 del rapporto è disponibile all'indirizzo <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2018>.

¹⁵⁷ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno, pubblicata nella G.U.U.E. 27 dicembre 2006, n. L 376. La direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano con D. Lgs. 26 marzo 2010, n. 59. Per un'analisi completa del procedimento di formazione della direttiva si veda a G. FONDERICO, *Il Manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 8, 921. Sul recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano cfr. L. ALLA, *La Direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno*, sul sito www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2010.

conseguita attraverso una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia¹⁵⁸.

Muovendosi in questa direzione, molti procedimenti hanno visto progressivamente sostituire l'autorizzazione preventiva espressa per lo svolgimento di una determinata attività economica con un meccanismo di legittimazione *ex lege*, subordinato alla comunicazione al soggetto pubblico dell'intenzione di dare avvio a quella attività, certificando il possesso di tutti i presupposti e requisiti soggettivi e tecnici richiesti dal quadro normativo, e rendendo ordinariamente successiva la fase dell'istruttoria amministrativa. Il riferimento è, naturalmente, in primo luogo, al regime amministrativo delle attività sottoposte a s.c.i.a. ex art. 19 legge n. 241/90, ma anche al meccanismo emergente alla disciplina sul silenzio-assenso ex art. 20 legge n. 241/90¹⁵⁹.

Significative, in questa direzione, sono certamente anche le soluzioni organizzative di cui si è dotato l'ordinamento: è da ricondursi sempre alla direttiva sui servizi del mercato interno la previsione di uno sportello unico¹⁶⁰, ufficio con il compito di fare da ponte tra il privato e le altre strutture coinvolte nel rilascio di un provvedimento amministrativo attraverso pareri o atti di assenso di vario genere. Il nostro sistema conosce, quindi, l'esperienza dello sportello unico per le attività produttive, disciplinato oggi dal d.P.R. 160 del 2010¹⁶¹, individuato espressamente "quale unico soggetto pubblico di riferimento territoriale per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi, e quelli relativi alle azioni di localizzazione, realizzazione, trasformazione, ristrutturazione o riconversione, ampliamento o trasferimento, nonché cessazione o riattivazione delle suddette attività, ivi compresi quelli di cui

¹⁵⁸ Cfr. art. 9, par.1, let. c), dir. 2006/123/CE.

¹⁵⁹ Sulla nozione di autorizzazione nelle diverse ricostruzioni della dottrina, sulle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e sull'atteggiarsi della discrezionalità amministrativa con riferimento ad essa si veda A.O. BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, vol. II, 58 ss. In tema di regimi autorizzatori delle attività economiche private, liberalizzazione di accesso al mercato e semplificazione nei procedimenti, volta a diffondere un modello di intervento a posteriori cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., 136 ss.; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 273 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 187; L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, 98 ss.

¹⁶⁰ Cfr. art. 6 dir. 2006/123/CE.

¹⁶¹ D.P.R. 07/09/2010, n. 16, *Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dell'articolo 38, comma 3, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*. In merito allo sportello unico nella sua originaria configurazione dettata dal d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447, si veda L. TORCHIA, *Lo sportello unico delle attività produttive*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 2, 105; F. FRANCESCO, *L'attuazione delle norme sullo sportello unico per le attività produttive*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 10, 1015. La sentenza n. 376 del 23 luglio 2002 della Corte Costituzionale ha definito il procedimento unico una sorta di "procedimento di procedimenti", cioè un *iter* procedimentale unico nel quale confluiscono e si coordinano gli atti e gli adempimenti, facenti capi a diverse competenze.

al decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59¹⁶². Allo sportello unico devono essere indirizzate tutte le domande, le dichiarazioni, le segnalazioni e le comunicazioni concernenti le attività oggetto dello stesso, compresi i relativi elaborati tecnici e gli allegati.

Uno strumento analogo è lo sportello unico per l'edilizia, che “costituisce l'unico punto di accesso per il privato interessato in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti il titolo abilitativo e l'intervento edilizio oggetto dello stesso, [e] fornisce una risposta tempestiva in luogo di tutte le pubbliche amministrazioni, comunque coinvolte”¹⁶³.

Ancora, da ultimo, il legislatore ha mostrato di puntare ulteriormente su questo istituto con la previsione - recentemente introdotta nella legge sul procedimento amministrativo - dedicata alla “concentrazione dei regimi amministrativi”, la quale prevede espressamente che ogni amministrazione deve indicare sul proprio sito istituzionale lo sportello unico, di regola telematico, al quale presentare la s.c.i.a., anche in caso di procedimenti connessi di competenza di altre amministrazioni ovvero di diverse articolazioni interne dell'amministrazione ricevente¹⁶⁴.

Le diverse esperienze di sportelli unici previste nel nostro ordinamento partecipano della medesima funzione, cioè integrare i principi di buona amministrazione ex art. 97 Cost. e di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa sanciti dalla legge n. 241/90¹⁶⁵.

Per quanto di interesse ai fini del presente studio, si rileva che in ambedue i modelli procedurali della s.c.i.a. e del silenzio-assenso e nelle formule organizzative degli sportelli unici, si rinviene un significativo impiego delle autocertificazioni, attraverso lo spostamento di rilevanti responsabilità istruttorie sul privato che aspira ad un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica. Ad esempio, la disciplina dello sportello unico delinea un procedimento basato quasi interamente sull'operato del privato, che presenta, unicamente all'istanza, relazioni tecniche “di conformità” alle prescrizioni da rispettare per l'avvio di quella specifica attività, accompagnate da perizie tecniche redatte da professionisti abilitati¹⁶⁶. Si tratta, in sostanza, di

¹⁶² Cfr. art. 2, comma 1, d.P.R. 07 settembre 2010, n. 16.

¹⁶³ Cfr. art. 5 d.P.R. 06 giugno 2001, n. 380, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*. Per un commento sulla natura e le funzioni dello strumento, sui rapporti tra normativa statale e discipline regionali e autonomia comunale, si veda S. PELLIZZARI, *Codice commentato di Edilizia e Urbanistica*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE (a cura di), Utet Giuridica, Torino, 2013, 1128 ss. Sulle differenze tra s.u.a.p. e s.u.e. si veda G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2015, 614 ss.

¹⁶⁴ Cfr. art. 19bis, comma 1, legge n. 241/90. Per un commento sulla concentrazione dei regimi amministrativi che la disposizione mira a disciplinare attraverso la c.d. “s.c.i.a. unica” cfr. M. DE BELLIS, *I regimi amministrativi delle attività private*, cit., 152 ss.

¹⁶⁵ Si esprime così, ad esempio T.A.R. Veneto, 28 aprile 2008, n. 1143.

¹⁶⁶ Cfr. P. LAZZARA, *Autocertificazione*, cit., 566.

modelli nei quali l'ordinamento fa leva in misura rilevante sul principio di autoresponsabilità del dichiarante.

A ben vedere, nell'ordinamento si rinvengono numerosi altri settori nei quali l'utilizzo delle "autocertificazioni" relativamente al possesso di specifici requisiti costituisce momento obbligato dei relativi procedimenti amministrativi, ai quali il privato prende parte nell'intento di ottenere un provvedimento favorevole, emesso dall'autorità amministrativa procedente anche a seguito di una procedura complessa di valutazione e verifica. L'autoresponsabilità si atteggia in modo diverso, dovendo accompagnarsi al rispetto di altri principi.

Così avviene, ad esempio, nelle procedure comparative, siano queste volte all'assegnazione di un incarico professionale o all'instaurazione di un rapporto di lavoro ovvero alla scelta del contraente pubblico. In ambedue le fattispecie si rinviene, al momento della presentazione della domanda di partecipazione al procedimento ad evidenza pubblica, un massiccio obbligo, in capo ai partecipanti, di impiego delle dichiarazioni sostitutive per autocertificare il possesso di specifici requisiti prescritti dalla legge o dal bando pubblico. Similmente avviene, come vedremo, nei procedimenti volti all'ottenimento di incentivi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, i quali, soprattutto in alcuni ambiti specifici, sono basati sul principio competitivo tra più operatori economici che si contendono, secondo un principio di *par condicio*, l'assegnazione di risorse pubbliche scarse. Questi, secondo le diverse previsioni che regolano l'accesso al singolo meccanismo incentivante, sono tenuti a presentare l'istanza di ammissione ai benefici "autocertificando" la rispondenza della loro iniziativa imprenditoriale a tutte le prescrizioni previste, anche di natura tecnica, attraverso il deposito di relazioni di conformità o progetti asseverati redatti da tecnici abilitati.

La peculiarità dell'impiego dei procedimenti in autocertificazione sia negli appalti pubblici che nel settore degli incentivi alle energie rinnovabili si rinviene nel fatto che questi moduli procedurali sono governati dai principi di imparzialità e di parità di trattamento tra gli operatori economici, i quali di fatto prendono parte ad una procedura comparativa nella quale si contendono l'ottenimento di un vantaggio economico derivante dall'assegnazione di quelle che sono, in definitiva, risorse pubbliche scarse, da attribuirsi attraverso la stipula di un contratto o il riconoscimento del diritto alla corresponsione di trasferimento monetario diretto. L'autocertificazione, quindi, quale strumento di semplificazione e snellimento degli oneri incombenti sui privati, si inserisce in procedimenti più complessi, nei quali si impone un'attenta analisi e considerazione di caratteristiche e requisiti soggettivi e tecnici degli aspiranti "beneficiari" al fine di giungere alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico curato

dall'amministrazione precedente. La differenza, come si vedrà, risiede nell'ampiezza e nella collocazione temporale dei controlli sull'effettiva sussistenza dei caratteri dichiarati dagli operatori, che l'ordinamento disciplina in modo diversificato in virtù delle diverse conseguenze che la stipula di un contratto o la corresponsione di incentivi nei confronti di chi non ne avrebbe avuto diritto può comportare e, in definitiva, della possibilità, in concreto, di porre rimedio all'attribuzione non dovuta, tutelando sia l'interesse pubblico primario che gli interessi degli altri operatori lesi dall'illegittima aggiudicazione o assegnazione delle risorse. Ripristinare la situazione *ex ante*, infatti, non è sempre possibile, se si pensa all'esecuzione di un contratto ormai conclusa da tempo e, quindi, il momento in cui si colloca la verifica può essere determinante per non frustrarne gli esiti.

In parte diversamente e con uno scopo differente, invece, è regolato l'impiego degli strumenti di semplificazione amministrativa per l'esercizio dell'attività edilizia; questo settore, infatti, ha risentito più di altri delle spinte liberalizzatrici delle riforme degli ultimi anni e vede, oggi, applicabili i tipici istituti che ne sono una delle maggiori espressioni – *in primis* la s.c.i.a. – accanto a regimi parzialmente differenti, i cui effettivi ambiti di operatività sono stati, da ultimo, espressamente delineati con il D.lgs. 222/2016. Anche in questo settore il relativo testo unico contiene diverse disposizioni che a vario titolo attribuiscono al privato rilevanti oneri istruttori. L'art. 22, per esempio, gli impone di presentare allo sportello unico la s.c.i.a., accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie.

In questo settore, l'impiego dei meccanismi di decertificazione è particolarmente accentuato, perché la disciplina dei procedimenti volti all'ottenimento dei titoli autorizzatori ha conosciuto una progressiva evoluzione verso una sempre maggiore liberalizzazione dell'attività edilizia, riservando in molti casi all'amministrazione un controllo solo eventuale e successivo. Istanze di liberalizzazione si sono così sommate ad esigenze di semplificazione e snellimento dei procedimenti. Non è recente, infatti, il dibattito sulla segnalazione certificata di inizio attività e sull'effettiva riconducibilità di questo istituto non solo agli strumenti di liberalizzazione, ma anche a quelli di semplificazione¹⁶⁷. I controlli, allora, non sono tanto finalizzati alla salvaguardia

¹⁶⁷ Si vedano, *ex multis*, di recente F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. – s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss; M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 6, 301 ss; B. G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 12,

dei principi di eguaglianza e parità di trattamento tra gli operatori, quanto alla necessità di garantire il necessario bilanciamento tra istanze di liberalizzazione e principio di legalità. Si articolano, quindi, in modo ancora diverso rispetto a quelli sulle imprese concorrenti in una procedura di aggiudicazione di un appalto e a quelli sui produttori di energia da fonte rinnovabile destinatari di incentivi. Le problematiche che emergono, poi, hanno una portata più ampia, che si estende anche ben oltre l'ambito edilizio, per coinvolgere potenzialmente tutti i procedimenti nei quali vengano in rilievo meccanismi di legittimazione *ex lege* e ci si interroghi dell'estensione del potere dell'amministrazione di esercitare i propri poteri di intervento per assicurare la conformità dell'attività privata alla legge.

La rilevante assunzione di responsabilità che l'impiego massiccio dei procedimenti in "autocertificazione" comporta non può non essere analizzata, inoltre, disgiuntamente dal processo di misurazione degli oneri amministrativi, inteso come individuazione e quantificazione dei costi sostenuti dalle imprese e dai cittadini per rispettare gli obblighi di produzione, elaborazione e trasmissione di dati, informazioni e documenti alla pubblica amministrazione. Si tratta di uno strumento che da tempo ha acquisito a livello internazionale un ruolo di primo piano tra quelli volti alla *better regulation*¹⁶⁸; in ambito europeo, in particolare, la contabilità degli oneri amministrativi è stata favorita dalla diffusione dello *Standard Cost Model*¹⁶⁹, un metodo che tende all'individuazione degli spazi di possibile diminuzione degli oneri, dalla predisposizione di politiche volte alla semplificazione e da un'*accountability* efficace tanto degli obiettivi che dei risultati da questa raggiunti.

Anche il nostro ordinamento ha introdotto da circa un decennio la misurazione degli oneri amministrativi, collegando l'obiettivo di semplificazione alla misurazione con il meccanismo del

1328 ss. Non sono poche le letture che nutrono dubbi sul fatto che la permanenza del potere pubblicistico – anche se in un'ottica precauzionale – integri veramente un'ipotesi di liberalizzazione, fenomeno che si produrrebbe solo nell'ipotesi di eliminazione definitiva del soggetto pubblico in funzione di regolazione del mercato. Sull'argomento, tra i tanti, F. TRIMARCHI BANFI, *Diritto pubblico dell'economia*, 2014, Torino, Giappichelli Editore, 22 ss; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006; A. TRAVI, *Liberalizzazione*, cit.; F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 1-2, 177 ss.

¹⁶⁸ Sull'argomento, tra gli altri, cfr. F. DI LASCIO, A. NATALINI, F. STOLFI, *The implementation of administrative burden reduction policy: Mechanisms and contexts in the study of Europeanization*, in *Comparative European Politics*, 2017, 15, 2; F. SARPI, *La crociata contro gli oneri amministrativi. Attori, processi, tecniche e risultati della misurazione degli oneri amministrativi in alcuni paesi europei: un'analisi comparata*, in A. NATALINI, G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, Il Mulino, 2010, 333 ss.

¹⁶⁹ In ambito europeo, il maggior impulso alla misurazione degli oneri può ricondursi alla comunicazione della Commissione "Una migliore regolamentazione per la crescita e l'occupazione nell'Unione Europea" del 16 marzo 2005, la quale riportava uno schema dettagliato di un "Modello UE dei costi amministrativi netti" basato sul metodo di misurazione c.d. "*Standard Cost Model*".

c.d. “taglia oneri” introdotto al d.l. n. 112/2008. Rilevanti in questo senso sono certamente state le previsioni dello “statuto delle imprese” del 2011¹⁷⁰, che ha previsto, da un lato, il c.d. “bilancio degli oneri”, come strumento di quantificazione degli oneri introdotti ed eliminati, a mente del quale non possono essere introdotti nuovi oneri a carico di cittadini e imprese senza che ne siano eliminati altrettanti, secondo la regola *one in, one out*¹⁷¹; dall’altro, l’obbligo di pubblicazione, da parte delle amministrazioni, degli elenchi degli oneri effettivamente introdotti ed eliminati attraverso l’adozione di specifici provvedimenti¹⁷².

In effetti, la capacità di individuazione e di quantificazione degli oneri può avere un forte impatto per dare compiuta attuazione agli interventi di semplificazione ed incidere, quindi, sulla libertà d’impresa, anche se ad oggi il livello di effettivo adeguamento e di applicazione da parte delle amministrazioni non è sembrato particolarmente alto e non sembra aver condotto ai risultati avuti di mira dal legislatore¹⁷³. Anche il Consiglio di Stato ha recentemente evidenziato l’esigenza di valorizzare il *regulatory budget* disciplinato dallo statuto delle imprese, in quanto “meccanismo utilissimo per il controllo sugli oneri regolatori, informativi e amministrativi”.¹⁷⁴

Questi oneri, infatti, spesso si trasformano da mezzi “sostitutivi” dell’istruttoria amministrativa, volti ad accelerarne gli esiti ed a consentire all’interessato di vedere soddisfatta nel minor termine possibile il proprio interesse, procedendo in modo semplificato ad avviare l’attività a cui esso aspira ovvero a favorire la partecipazione a determinati procedimenti in modo più snello, in delle occasioni di rischio per il privato che, nell’incertezza applicativa ed interpretativa delle disposizioni che ne disciplinano l’impiego, può essere chiamato a rispondere

¹⁷⁰ Cfr. art 8 legge 11 novembre 2011, n. 180, *Norme per la tutela della libertà d’impresa. Statuto delle imprese*.

¹⁷¹ La regola è diffusa nelle esperienze di molti altri Paesi: nel Regno Unito è stata introdotta a partire dal 2011 ed è stata in breve sostituita da quella più stringente *one-in, two-out*; in Canada è presente dal 2012 e dall’anno successivo in Francia, a cui hanno fatto seguito Portogallo (2014) e Germania (2015). Anche negli Stati Uniti, nel 2017 il Presidente Trump ha adottato un *executive order* che ha introdotto il budget regolatorio, con la regola *one-in, two-out*. Per un’analisi sulle differenze tra questa esperienza e quella di altri ordinamenti, compreso quello italiano, si veda S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni. Un bilancio*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 1, 21 ss.

¹⁷² Cfr. art. 7 legge n. 180/2011.

¹⁷³ Per un’analisi accurata sul livello di *compliance* da parte delle amministrazioni e sulle sfide che l’attività di misurazione degli oneri ha presentato e presenta tuttora si veda S. ANGELETTI, I. GRELLA, *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni. Un bilancio*, cit. Gli Autori evidenziano come le attività di misurazione sono rapidamente mutate, nella pratica applicativa, in meri adempimenti burocratici posti in essere con poca convinzione e senza un apporto in grado di produrre valore aggiunto in termini informativi per cittadini ed imprese. Anche questi strumenti introdotti dallo statuto delle imprese dovrebbero, quindi, essere riletti in chiave di semplificazione tanto degli adempimenti gravanti sulle amministrazioni quanto sulle metodologie e sulle tecniche di misurazione e dovrebbero tendere, al contempo, ad un ampliamento della portata informativa del bilancio stesso.

¹⁷⁴ Cfr. Consiglio di Stato, parere 19 giugno 2017, n. 1458.

di valutazioni complesse da lui stesso effettuate in luogo dell'amministrazione, anche con conseguenze sanzionatorie piuttosto rilevanti non solo in termini di mancato ottenimento del "bene della vita" avuto di mira¹⁷⁵.

7. Piano dell'analisi e obiettivi della ricerca

Sulla base delle osservazioni finora svolte, è possibile delineare a questo punto i temi principali sui quali la ricerca si soffermerà e le domande a cui cercherà di rispondere.

Come anticipato, l'esame verrà condotto su tre ambiti di possibile esplicazione dell'iniziativa economica privata, nei quali l'ordinamento configura l'apporto partecipativo del privato, che mira all'ampliamento della propria sfera giuridica, in modo più o meno esteso, ricollegandovi l'esercizio di potestà pubbliche diversamente articolate. Il secondo capitolo, sarà, quindi dedicato all'esame dei diversi oneri comunicativi imposti all'operatore economico per l'esercizio dell'attività edilizia, ambito nel quale si sono ridotte notevolmente nel tempo le ipotesi in cui gli accertamenti dell'amministrazione precedono l'inizio dell'attività privata e dove, al potere generale di vigilanza attribuito alle amministrazioni comunali, si accompagna la peculiare conformazione dei controlli previsti in generale per l'istituto della s.c.i.a.

A seguire ci si soffermerà sulle dichiarazioni rese dall'operatore economico che partecipi ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto: in questo settore, in modo probabilmente più evidente che in altri ambiti, la necessità di bilanciare il *favor participationis* con la *par condicio* tra i concorrenti impone un impiego dello strumento autocertificativo accompagnato dalle maggiori cautele possibili e, allo stesso tempo, tale da non frustrare la finalità semplificatoria degli strumenti di decertificazione.

Si osserverà, infine, l'impiego e l'atteggiarsi delle autocertificazioni nei procedimenti volti all'attribuzione di risorse pubbliche, soffermandosi sugli incentivi riconosciuti ai produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili, in considerazione del massiccio impiego degli strumenti di decertificazione che la specifica normativa impone, andando ad incidere su procedimenti che danno vita a rapporti di durata (frequentemente pluridecennale) tra privato ed amministrazione; questa, proprio in virtù delle esigenze di verifica circa il corretto impiego delle risorse pubbliche,

¹⁷⁵ Considerazioni critiche sulle incertezze che, ad esempio, i procedimenti basati sulla s.c.i.a. determinano sull'attività economica privata sono espresse da B. G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, cit., che significativamente definisce la s.c.i.a. "una procedura per privati coraggiosi". Altri rilievi critici anche in M. A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2015, 14.

è titolare di poteri di controllo delineati da una disciplina organica piuttosto articolata, che tuttavia lascia aperti numerosi dubbi sull'estensione e sui limiti di intervento successivi e sulla compatibilità di questi poteri con esigenze di certezza e di tutela dell'affidamento del privato.

Partendo dall'analisi settoriale, il lavoro di ricerca sarà volto inizialmente ad esaminare in che modo si atteggi effettivamente il rapporto tra amministrazione e privato nel momento in cui la prima è chiamata ad acquisire la conoscenza di quei dati ed elementi che si presentano come necessari per lo svolgimento dell'istruttoria procedimentale sulla base, in primo luogo, delle informazioni che il cittadino scelga di rappresentarle nel momento della manifestazione dell'interesse al rilascio di un determinato provvedimento o alla partecipazione ad uno specifico procedimento.

Si tratta di vedere, in primo luogo, se gli oneri comunicativi a cui l'operatore è sottoposto siano riconducibili o meno allo stesso modello di autocertificazione o se l'istituto, seppur delineato in generale nei suoi aspetti strutturali e funzionali, non conosca piuttosto diverse declinazioni. Nello svolgimento dei loro compiti, infatti, le amministrazioni si servono frequentemente di dichiarazioni dai nomi più diversi rese dagli operatori, o da terzi nel loro interesse, per valutare, sempre in via preliminare, il possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento di una determinata attività o per l'ottenimento di uno specifico beneficio. Si tratta, inoltre, di analizzare in che modo la rappresentazione della realtà proveniente da un soggetto portatore di uno specifico interesse nel procedimento amministrativo possa influire sull'esercizio della funzione pubblica e fino a che punto possa vincolare l'amministrazione e se, dall'altro lato, il comportamento del soggetto pubblico, così condizionato, possa a sua volta far sorgere un affidamento nel dichiarante o in un terzo estraneo al procedimento.

Si verificherà, quindi, in che modo venga posta in essere questa delega in favore del privato, se il differente ambito di operatività della semplificazione documentale incida sulla configurazione della stessa e se questa sia compatibile con i principi che regolano l'esercizio delle pubbliche funzioni, con una sufficiente garanzia di tutela dei diversi interessi coinvolti, tanto pubblici quanto privati.

Si cercherà, inoltre, di comprendere in che modo si delinea il *trade off* tra semplificazione e snellimento dell'istruttoria *ex ante* e maggiori controlli *ex post*: l'amministrazione, spogliata dell'onere di acquisire la certezza circa ogni singola informazione rilevante prima dell'esercizio dei propri poteri, se ne riappropria in un momento successivo, quando è chiamata ad espletare le verifiche sulla veridicità delle dichiarazioni rese dal privato.

In ciascuno dei tre settori, quindi, si analizzeranno le modalità, le condizioni e i tempi dell'intervento di verifica del soggetto pubblico, verificandone eventuali limiti; ci si soffermerà, inoltre, sulle reazioni di cui l'ordinamento si dota per l'ipotesi che il controllo circa la veridicità delle dichiarazioni abbia esito negativo, osservando se e come il diverso ambito di impiego delle autocertificazioni e il diverso atteggiarsi degli stessi controlli influiscano sulle conseguenze a cui il privato può essere sottoposto. Il momento dei controlli pone interrogativi circa l'effettivo rapporto che intercorre tra la libertà di iniziativa economica e la semplificazione delle formule procedurali, da un lato, e la certezza, dall'altro, da intendersi sia come il risultato dell'accertamento svolto dall'amministrazione circa la sussistenza degli elementi che la legge richiede al privato per l'ottenimento del risultato favorevole avuto di mira sia come possibilità per quest'ultimo di confidare nella stabilità delle posizioni giuridiche soggettive conseguite. A questo specifico tema verrà, quindi, dedicata la quinta parte dell'analisi, nella quale, dopo aver inquadrato il controllo sui privati nell'ambito della più generale funzione di controllo amministrativo, l'analisi si estenderà alla disciplina generale sulle verifiche sulle autocertificazioni dettata dal testo unico sulla documentazione amministrativa.

In effetti, il concreto atteggiarsi dei controlli, la loro estensione e la loro collocazione temporale rispetto al procedimento ampliativo della sfera giuridica dell'interessato sono determinanti ai fini del corretto funzionamento del meccanismo autocertificatorio; al principio di legalità e all'esigenza di garantirne il rispetto si contrappone o, quantomeno, si affianca la necessità di certezza e stabilità delle posizioni giuridiche conseguite nel rapporto con la pubblica amministrazione, soprattutto se di durata, a cui il generale processo di semplificazione in definitiva mira. Il controllo, infatti, è evidentemente il momento nel quale il soggetto pubblico si riappropria del proprio spazio di intervento residuo e che, quindi, si impone a garanzia del rispetto del principio di legalità ed a tutela degli interessi pubblici la cui cura è affidata all'amministrazione procedente. Proprio a questo punto, però, possono emergere i limiti dei procedimenti in autocertificazione, se le modalità, i tempi e le conseguenze degli accertamenti successivi sono tali da svilire del tutto l'effettività dell'autocertificazione come istituto di semplificazione, soprattutto se gli oneri dichiarativi e gli adempimenti che incombono sul privato sono tali da aumentare notevolmente i rischi di dichiarazioni non veritiere dovute a mero errore incolpevole.

Come già evidenziato all'inizio dell'analisi, la produzione di certezza giuridica è tradizionalmente una funzione pubblica che risponde all'esigenza di limitare l'incertezza nei rapporti giuridici, economici e sociali tra i consociati, riducendo il più possibile le occasioni di

conflitto che possono sorgere a causa della mancanza di sicurezza circa determinati elementi. Con gli strumenti di decertificazione questa funzione si esprime in modo del tutto peculiare e il campo nel quale acquista effettivo rilievo divengono i rapporti tra amministrazione e privati, più che quelli tra i soli cittadini, per i quali l'impiego di questi istituti può al massimo rilevare in modo mediato, in virtù dell'eventuale incidenza che l'esito di un procedimento "in autocertificazione" possa produrre nella sfera giuridica di terzi non coinvolti dallo stesso. Si cercherà di capire, quindi, se anche il sistema di circolazione della certezza così delineato assolva effettivamente alla medesima funzione di diminuzione della precarietà degli elementi di conoscenza e del potenziale scontro che l'incertezza può causare.

CAPITOLO 2

Le dichiarazioni dei privati per l'esercizio dello *ius aedificandi*

1. La semplificazione documentale nei regimi amministrativi dell'attività edilizia

Un ambito di esercizio dell'attività economica privata nel quale un rilevante peso è svolto dalle dichiarazioni rese dai singoli è quello dell'edilizia.

L'esercizio dello *ius aedificandi* rappresenta una delle forme con le quali la libertà di iniziativa economica si esprime attraverso l'attuazione in concreto di facoltà che accedono al diritto di proprietà¹⁷⁶. Questo ambito ha particolarmente risentito delle numerose trasformazioni anche recenti che il generale processo di semplificazione ha determinato nel rapporto tra azione amministrativa e libero esercizio delle attività umane, *in primis* economiche. Anche il più recente intervento organico di riforma, portato avanti dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, infatti, ha avuto tra i suoi scopi la restituzione di più ampi spazi alla libertà di iniziativa privata attraverso la rimozione degli ostacoli che si frappongono all'avvio delle attività economiche¹⁷⁷. In questo senso, la spinta

¹⁷⁶ È noto il dibattito circa la riconducibilità dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà e la conseguente qualificazione del titolo che ne consente il relativo esercizio concreto. L'orientamento che predica l'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto dominicale è stata messo in dubbio con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, in considerazione del mutato assetto della proprietà edilizia rispetto a quello del 1865, ed il dibattito è proseguito nel corso dei decenni successivi in conseguenza degli interventi normativi che si sono nel tempo succeduti e degli obiettivi di assetto del territorio che il legislatore ha negli anni avuto di mira. In dottrina, si vedano, *ex multis*, G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 156 ss. 22; A. PREDIERI, *Riserva della «facoltà» di edificare e proprietà funzionalizzata delle aree fabbricabili*, in AA. VV., *Urbanistica, tutela del paesaggio ed espropriazione*, Milano, Giuffrè, 1969. V. CERULLI IRELLI, *Jus aedificandi*, in N. IRTI (a cura di), *Diz. dir. priv.*, Milano, 1980. Il tema centrale è quello dei rapporti tra proprietà privata e poteri pubblici come disciplinato dall'art. 42, commi 2 e 3 Cost., sul quale le numerose pronunce della giurisprudenza amministrativa e costituzionale costituiscono la rappresentazione della continua ricerca di equilibrio tra l'interesse privato e gli interessi pubblici. Alla sentenza della Corte Costituzionale 30 gennaio 1980, n. 5 si riconduce l'affermazione esplicita dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto del proprietario, mettendo così fine alla *querelle*, sviluppatasi a partire dalle prime pronunce della Corte Costituzionale sui vincoli imposti alla proprietà dai piani urbanistici, tra chi riteneva il diritto di edificare come consustanziale a quello di proprietà e chi, invece, sosteneva che la conformazione della proprietà dovesse essere oggetto di un potere pubblicistico di pianificazione urbanistica. Nel primo senso, per tutti, A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1972, 473 ss; nel secondo, M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1977, 477 ss.

¹⁷⁷ Sui contenuti della delega e sulla sua effettiva estensione, anche in relazione alla riformulazione della disciplina complessiva dei procedimenti permissivi di attività private, si veda G. VESPERINI, *Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 2, 153. L'Autore ne segnala anche i problemi in relazione alla presunta preferenza per il modello del silenzio-assenso,

liberalizzatrice che da ultimo il legislatore ha portato avanti si è focalizzata principalmente sulla revisione e sul ripensamento dei modelli dichiarativi dei quali l'art. 19 della legge n. 241/90 costituisce il principale paradigma¹⁷⁸. Sull'istituto che l'articolo regola hanno inciso profondamente la stessa legge 124/2015, il d. lgs. 30 giugno 2016, n. 126 (cd. "s.c.i.a 1") ed il successivo d. lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (cd. "s.c.i.a 2")¹⁷⁹, il quale ha operato anche un profondo ridisegno, in termini di maggiore liberalizzazione, del sistema dei titoli edilizi delineato dal relativo testo unico¹⁸⁰.

Come noto, l'attività edilizia, nelle sue molteplici possibilità di esplicazione concreta, è soggetta a diversi regimi autorizzativi in ragione della sua maggiore o minore attitudine ad incidere sul territorio e, quindi, della necessità di bilanciare l'interesse privato con gli altri interessi – sia pubblici che privati – di volta in volta in rilievo e suscettibili di essere incisi con diversi gradi di intensità. Uno dei principi alla base dell'attività edilizia – ritenuto dalla giurisprudenza immanente all'ordinamento – è, infatti, quello per cui le trasformazioni del territorio genericamente intese devono essere sorrette da una legittimazione proveniente da una preventiva valutazione amministrativa sulla tipologia e la consistenza delle modificazioni compatibili con l'interesse pubblico¹⁸¹.

Anche questo ambito dell'attività amministrativa, tuttavia, è stato negli anni interessato dalle trasformazioni imposte dalla spinta generale verso la semplificazione e la liberalizzazione. In questo settore, gli istituti che ne sono espressione trovano applicazione generale nell'ambito dei procedimenti amministrativi disciplinati dal testo unico, a partire

alla rigidità del decreto legislativo nell'individuazione puntuale delle ipotesi concrete soggette ai vari regimi e al raccordo con le discipline regionali e locali.

¹⁷⁸ La scienza giuridica ha in più occasioni evidenziato come i numerosi interventi di riforma in materia siano sicuramente carenti di chiarezza, a causa dell'impiego di tecniche normative non sempre davvero ispirate a canoni di razionalità e di semplificazione. L'esito, quindi, è stato in molti casi opposto rispetto a quello auspicato, inducendo ad una preferenza per il provvedimento espresso in luogo di una soluzione che si presenta più semplice solo in apparenza. Rilievi critici si rinvencono, tra gli altri, in F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss.; A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, Giuffrè, 2008, 343 ss.; M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 6, 301 ss, cit., e *Id.*, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 465 ss.; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, Giappichelli, 2008.

¹⁷⁹ Per un commento al decreto ad alla sua incidenza sul sistema complessivo dei titoli edilizi si veda E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 6, 601 ss.

¹⁸⁰ Si tratta del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*.

¹⁸¹ Il principio è ripreso in più occasioni dalla giurisprudenza. In questo senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2010, n. 4135; id, 13 aprile 2010, n. 2055.

da quello preordinato al rilascio del permesso di costruire, per arrivare a quello volto all'adozione di misure di condono.

Per quanto riguarda la semplificazione documentale, la norma principale che viene in rilievo, introdotta nel 2012, è rinvenibile nell'art. 9bis del d.P.R. 380/2001 – collocato nel capo relativo alle disposizioni generali in merito ai titoli abilitativi – che stabilisce espressamente l'obbligo, per i soggetti pubblici, di acquisizione d'ufficio dei documenti, delle informazioni e dei dati, compresi quelli catastali, in possesso delle pubbliche amministrazioni, inibendo la richiesta di attestazioni o perizie sulla veridicità e sull'autenticità di detti documenti e dati¹⁸².

La semplice lettura del dettato normativo lascia intendere come la *ratio* dello stesso si riconduca al principio di non aggravamento dell'*iter* procedimentale, superando anche il modello di conduzione dell'istruttoria basato sull'autocertificazione fornita dal cittadino. Compito dell'amministrazione procedente è quello di acquisire d'ufficio, in via diretta, tutti i dati e i documenti necessari all'espletamento della pratica, che siano già in possesso della stessa o di altri Enti pubblici; il privato, sarebbe così esonerato tanto dall'onere di raccogliere la documentazione e consegnarla allo Sportello Unico del Comune quanto dall'obbligo di rilasciare autocertificazioni o dichiarazioni sostitutive, modello di istruttoria normalmente alternativo all'accertamento d'ufficio anche ai sensi dell'art. 43 del d.P.R. 445/2000¹⁸³.

A ben vedere, non sembra che la norma costituisca un *unicum* nell'ordinamento, fissando un principio valevole solo per l'esercizio dello *ius aedificandi*. Infatti, come già evidenziato, la previsione si ritrova anche nell'art. 18 della legge n. 241/1990 che, fin dal 2005, al secondo e terzo comma disciplina proprio l'acquisizione e l'accertamento d'ufficio a cui prioritariamente dovrebbe procedere l'amministrazione nel corso dell'istruttoria

¹⁸² L'art 9bis d.P.R. 380/2001 testualmente dispone: "1. Ai fini della presentazione, del rilascio o della formazione dei titoli abilitativi previsti dal presente testo unico, le amministrazioni sono tenute ad acquisire d'ufficio i documenti, le informazioni e i dati, compresi quelli catastali, che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni e non possono richiedere attestazioni, comunque denominate, o perizie sulla veridicità e sull'autenticità di tali documenti, informazioni e dati." La disposizione è stata inserita dall'art. 13, comma 2, lett. b), D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁸³ La previsione è stata oggetto di analisi nella prima parte del presente lavoro. Si riporta comunque il contenuto dell'art. 43, comma 1, per valorizzarne le differenze rispetto alla previsione del testo unico sull'edilizia: "Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato".

procedimentale¹⁸⁴. Per le valutazioni circa l'effettività di tale imposizione e sul rapporto tra autocertificazioni e accertamento d'ufficio si rimanda alle considerazioni svolte in precedenza. Ciò che preme qui sottolineare è che la norma contenuta all'art. 9bis, in ogni caso, è indice della volontà del legislatore di rafforzare, ancora una volta, la decertificazione e l'alleggerimento degli oneri istruttori incombenti sui privati: l'accertamento d'ufficio è la sicuramente la forma più avanzata di decertificazione, che consente al cittadino di beneficiare della maggiore semplificazione possibile e che, al contempo, pur riversando ingenti oneri di accertamento sull'amministrazione, le impone di addivenire alla certezza piena, eliminando i rischi di false rappresentazioni. Il legislatore ha, in sostanza, evidentemente preso atto delle resistenze degli apparati burocratici ad una completa applicazione dell'art. 18 (il cui comma 3, che impone l'accertamento d'ufficio, risale al 2005) ed ha reputato opportuno ribadire ancora una volta la necessità della massima decertificazione possibile anche con una disposizione di settore¹⁸⁵.

Si può comunque segnalare che il processo di semplificazione che ha interessato il procedimento di rilascio di titoli abilitativi edilizi ha nel tempo favorito in misura maggiore l'impiego anche degli altri strumenti di decertificazione costituiti dalle dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto notorio. Queste vere e proprie autocertificazioni si aggiungono a tutta una serie di "dichiarazioni" della cui presentazione il privato è onerato a completamento o ad avvio dell'istruttoria amministrativa.

In merito ai titoli abilitativi ed al regime a cui è sottoposto la singola attività edilizia¹⁸⁶, si è già accennato all'importante intervento riconducibile al D.lgs. n. 222 del 25

¹⁸⁴ L'art. 18, commi 2 e 3, legge n. 241/90, supera anche la previsione dell'art. 43 d.P.R. 445/2000, imponendo l'acquisizione e l'accertamento d'ufficio di documenti già in possesso di soggetti pubblici o di dati che l'amministrazione deve verificare: "2. I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L'amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti. 3. Parimenti sono accertati d'ufficio dal responsabile del procedimento i fatti, gli stati e le qualità che la stessa amministrazione procedente o altra pubblica amministrazione è tenuta a certificare."

¹⁸⁵ In questo senso può leggersi la giurisprudenza che ha anche sanzionato applicazioni eccessivamente formalistiche della disciplina sulle autocertificazioni nel settore edilizio. Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 6 dicembre 2010, n. 1935: "l'inserimento nelle dichiarazioni ex articolo 47 del D.P.R. n. 445 del richiamo alle sanzioni applicabili alle dichiarazioni mendaci non costituisce condizione di validità delle stesse, essendo l'inserimento del riferimento alle stesse un semplice onere delle amministrazioni che, per favorire gli amministrati, predispongano dei modelli (che essi sono comunque liberi di non utilizzare)."

¹⁸⁶ In merito all'evoluzione normativa che ha portato ad un moltiplicarsi dei titoli abilitativi ci veda M. DE BELLIS, *La liberalizzazione delle attività economiche private: dalla Dia alla Scia*, in A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo a venti anni dalla legge n. 241 del 1990*, http://sna.gov.it/fileadmin/files/ricerca_progetti/Ricerca_SNA_IRPA/Procedimento_amministrativo_SNA_IRPA.pdf

novembre 2016, che, in attuazione della delega fissata dall'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124¹⁸⁷ in tema di mappatura dei procedimenti, ha individuato il regime amministrativo di una serie di attività elencate nell'allegata Tabella A, riconducibili ai tre macrosettori di commercio (e assimilati), edilizia e ambiente. Lo scopo del decreto è stata, appunto, la semplificazione attraverso il chiarimento e la specificazione delle condizioni amministrative di avvio di un ampio catalogo di attività private. La Tabella A si occupa della “precisa individuazione” delle modalità di avvio di ciascuna delle attività riconducibili ai tre macrosettori, stabilendo in quali casi si applichino la comunicazione, la segnalazione certificata di inizio attività, il modello autorizzativo con silenzio-assenso e, infine, il modello autorizzativo con provvedimento abilitativo espresso. Lo stesso decreto, poi, si preoccupa di coordinare le indicazioni introduttive con le previsioni della legge n. 241/90, facendo particolare riferimento alla disciplina ivi contenuta della conferenza di servizi e della s.c.i.a.¹⁸⁸

Per quanto di interesse ai fini del presente studio, giova evidenziare che tanto la legge delega quanto il decreto delegato fanno riferimento più volte a modelli dichiarativi al plurale; il decreto “s.c.i.a. 2”, inoltre, parla espressamente del modello della comunicazione. Effettivamente anche gli artt. 18*bis*, dedicato alle modalità di

¹⁸⁷ Cfr. art. 5, comma 1, legge n. 124/2015 (*Segnalazione certificata di inizio attività, silenzio assenso, autorizzazione espressa e comunicazione preventiva*): “Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, introducendo anche la disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa, compresa la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti *standard* degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica, nonché degli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti, e prevedendo altresì l'obbligo di comunicare ai soggetti interessati, all'atto della presentazione di un'istanza, i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta a rispondere ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda”.

¹⁸⁸ Cfr. art. 2, commi 2 e 3, ai sensi dei quali “Per lo svolgimento delle attività per le quali la tabella A indica la comunicazione, quest'ultima produce effetto con la presentazione all'amministrazione competente o allo Sportello unico. Ove per l'avvio, lo svolgimento o la cessazione dell'attività siano richieste altre comunicazioni o attestazioni, l'interessato può presentare un'unica comunicazione allo Sportello di cui all'articolo 19-bis della legge n. 241 del 1990. Alla comunicazione sono allegate asseverazioni o certificazioni ove espressamente previste da disposizioni legislative o regolamentari. Per lo svolgimento delle attività per le quali la tabella A indica la Scia, si applica il regime di cui all'articolo 19 della legge n. 241 del 1990. Nei casi in cui la tabella indica il regime amministrativo della Scia unica, si applica quanto previsto dall'articolo 19-bis, comma 2, della stessa legge n. 241 del 1990. Nei casi in cui la tabella indica il regime amministrativo della Scia condizionata ad atti di assenso comunque denominati, si applica quanto previsto dall'articolo 19-bis, comma 3, della stessa legge n. 241 del 1990.”

presentazione di “istanze, segnalazioni o comunicazione”, e 29¹⁸⁹ della legge 241/1990 fanno riferimento indistintamente a segnalazioni e comunicazioni. Sembra che, quindi, che il legislatore abbia preso atto dell’esistenza di alcuni modelli che, seppur differenziati fra di loro, sono accomunati dal riconoscimento in capo al privato della facoltà di dare avvio all’attività senza dover previamente acquisire assensi pubblicistici, ma attraverso l’adempimento di obblighi comunicativi¹⁹⁰. Come è stato evidenziato, peraltro, nel nostro ordinamento si rinvencono numerose previsioni relative ad ipotesi di comunicazioni preventive, persino in settori sensibili come l’ambiente o l’edilizia, secondo un modello che è riuscito negli anni a mantenere i suoi spazi anche nelle fasi di maggiore rilievo del modulo basato sul provvedimento amministrativo espresso e che, nei tempi recenti, ha esteso ulteriormente il suo ambito di rilevanza¹⁹¹.

Per tornare alle specificità della materia edilizia, le novità introdotte con finalità di semplificazione sono state plurime, a partire dalla previsione dell’adozione di un glossario unico con l’elenco delle principali opere edilizie e l’individuazione della categoria di intervento a cui le stesse sono riconducibili e del conseguente regime giuridico a cui sottoporle ai sensi della Tabella A¹⁹². Tale previsione riflette l’esigenza, diffusamente

¹⁸⁹ Cfr. art. 29, comma 2^{ter}, a mente del quale “Attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni, la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano”. Comma aggiunto dall’art. 10, comma 1, lett. b), n. 2), legge n. 18 giugno 2009, n. 69 e, successivamente, così modificato dall’art. 49, comma 4, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 30 luglio 2010, n. 122, e dall’art. 3, comma 1, lett. f), D. Lgs. 30 giugno 2016, n. 126.

¹⁹⁰ Sul punto E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit., che ha però sottolineato anche che si è probabilmente persa l’occasione per dettare specifiche norme che disciplinino in modo espresso le fattispecie in cui l’avvio di una attività deve essere preceduto solo da una comunicazione, alla ricezione della quale da parte dell’amministrazione non si dà luogo ad una relazione giuridica con il privato e all’avvio di un procedimento di controllo, con questo differenziandoli dalla fattispecie ex art. 19 legge n. 241/90. Si tratterebbe di attività soggette alla vigilanza a posteriori dell’amministrazione, esercitata sulla base dei dati dichiarati nella comunicazione, e ai poteri sanzionatori e ripristinatori fissati dalle discipline di settore.

¹⁹¹ Così E. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, Lo stesso Autore riporta l’esempio delle previsioni del TULPS del 1889 in materia di libertà di culto e di avvio di attività economiche e di spettacolo, comunicazioni che costituivano eredità diretta di figure introdotte nell’epoca dello Stato liberale come amministrativizzazione non intrusiva delle libertà, in un secondo momento sostituite da previsioni più rigide con l’introduzione di figure autorizzative. Cfr. E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, cit., 251 ss.

¹⁹² Cfr. art. 1, comma 2, D. Lgs. 222/2016. In attuazione della previsione ivi contenuta, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione ha adottato il D.M. 2 marzo 2018, recante “Approvazione del glossario contenente l’elenco non esaustivo delle principali opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera”. Il completamento del glossario unico, in relazione alle opere edilizie realizzabili mediante Cila, Scia,

avvertita, di assicurare all'attività edilizia un regime giuridico omogeneo sull'intero territorio nazionale, garantendo la certezza nell'individuazione del modello procedimentale corretto da applicarsi.

In effetti, uno dei punti critici dei molti precedenti interventi normativi volti, nelle intenzioni del legislatore, alla semplificazione è stata la mancanza di chiarezza del quadro normativo, che si è spesso tradotta nell'incertezza per gli operatori nella procedura di volta in volta da impiegare, comportando una notevole diffidenza da parte di privati ed imprese nel momento dell'avvio di attività che potrebbero intraprendersi previa segnalazione o, addirittura, senza necessitare di alcun titolo¹⁹³. È significativo che nel *report* sui risultati della consultazione pubblica svolta nell'aprile 2014 dall'Ufficio per la semplificazione amministrativa del Dipartimento della Funzione Pubblica sul tema "Semplificazione: cosa chiedono cittadini e imprese",¹⁹⁴ ai primi posti degli adempimenti e delle procedure considerate più complicate fossero stati indicati, sia da parte dei cittadini che da parte delle imprese, quelli in materia edilizia¹⁹⁵. Nonostante, infatti, l'ambito delle attività avviabili all'esito della presentazione della comunicazione inizio lavori sia stato nel tempo ampliato, la permanenza di un regime asseverativo ha finito nella maggior parte dei casi con il frustrare l'intento liberalizzatore.

Anche con la riforma del 2015¹⁹⁶, quindi, si è cercato di assicurare maggiore chiarezza anche sul contenuto delle varie dichiarazioni, istanze e comunicazioni, tramite la

permesso di costruire e Scia in alternativa al permesso di costruire, è demandato a successivi decreti da adottare con le stesse modalità.

¹⁹³ Si vedano i rilievi svolti da M. A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2015, 14 e B. G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 12, 1328 ss.

¹⁹⁴ Consultabile all'indirizzo <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/75416-9372.pdf>.

¹⁹⁵ L'esito della consultazione mostra come, di fatto, l'obiettivo di diminuzione dei *compliance costs* che era stato oggetto di diversi interventi normativi, fosse stato completamente disatteso. Per un'analisi di questo fallimento cfr. C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 368-369; S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 1-2, 141 ss.

¹⁹⁶ Cfr. art. 5, comma 1, legge n. 124/2015: "Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, introducendo anche la disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa, compresa la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti *standard* degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica, nonché degli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti, e prevedendo altresì l'obbligo di comunicare ai soggetti interessati, all'atto della presentazione di un'istanza, i

riduzione degli oneri gravanti sul cittadino, favorendo il più possibile allo stesso tempo l'uniformazione delle modalità di presentazione e i contenuti di istanze, comunicazioni e segnalazioni. Sul punto, abbiamo già evidenziato che l'art. 2 D.lgs. 126/2016, riprendendo una strada che il legislatore aveva già iniziato a tracciare nel 2014¹⁹⁷, nei confronti in generale dei procedimenti che non richiedono un'autorizzazione espressa, ha imposto alle amministrazioni statali l'adozione di moduli unificati e standardizzati per definire in modo esaustivo, per le diverse tipologie di procedimento, i contenuti tipici e l'organizzazione dei dati delle istanze e comunicazioni, specificando la documentazione da allegare. Per la presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali, con riferimento all'edilizia e all'avvio di attività produttive, è stata disposta l'adozione di questi moduli in sede di Conferenza unificata, tenendo conto delle specifiche normative regionali¹⁹⁸.

Lo scopo è evidentemente quello di ridurre al minimo le incertezze per gli operatori e di garantire l'uniformità nel contenuto dei diversi moduli, rispettando al contempo l'autonomia in materia di Regioni ed enti locali. I moduli approvati devono essere

termini entro i quali l'amministrazione è tenuta a rispondere ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda”

¹⁹⁷ Non si tratta, infatti, di una novità assoluta, atteso che già l'art. 24, comma 3 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, recante “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”, aveva previsto l'adozione di simili modelli di comunicazioni e presentazioni di istanze.

¹⁹⁸ In particolare, l'art. 2, comma 1, dispone “Le amministrazioni statali, con decreto del Ministro competente, di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adottano moduli unificati e standardizzati che definiscono esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati delle istanze, delle segnalazioni e delle comunicazioni di cui ai decreti da adottare ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 124 del 2015, nonché della documentazione da allegare. I suddetti moduli prevedono, tra l'altro, la possibilità del privato di indicare l'eventuale domicilio digitale per le comunicazioni con l'amministrazione. Per la presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali, con riferimento all'edilizia e all'avvio di attività produttive, i suddetti moduli sono adottati, in attuazione del principio di leale collaborazione, in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997, con accordi ai sensi dell'articolo 9 dello stesso decreto legislativo o con intese ai sensi della legge 5 giugno 2003, n. 131, tenendo conto delle specifiche normative regionali.” In applicazione della previsione del d. lgs. 126/2016, con gli accordi del 04 maggio 2017 e del 06 luglio 2017 tra Governo, regioni ed enti locali, pubblicati nella G.U. n. 128 del 5 giugno 2017, n. 190 del 16 agosto 2017, n. 190, sono stati adottati i moduli unificati e standardizzati per la presentazione delle segnalazioni, comunicazioni e istanze. Con gli accordi sono stati definiti i moduli in materia di attività commerciali e assimilate ed in materia di attività edilizia, nonché le relative istruzioni operative sul loro utilizzo. Alle Regioni è stato imposto l'adeguamento del contenuto dei moduli rispettivamente entro il 20 giugno ed il 30 settembre 2017, in relazione alle specifiche normative regionali, ed ai Comuni entro il 30 giugno ed il 20 ottobre 2017. Ad integrazione della modulistica già approvata, con accordi del 5 ottobre 2017 e 22 febbraio 2018 sono stati adottati gli allegati tecnici e gli schemi XML, al fine di consentire l'interoperabilità e lo scambio dei dati tra le amministrazioni.

pubblicati sul sito istituzionale di ciascuna pubblica amministrazione destinataria di istanze, segnalazioni e comunicazioni¹⁹⁹, per la quale è ribadito il divieto non solo di richiedere documenti già in possesso di un altro soggetto pubblico, ma anche ogni ulteriore informazione o allegazione documentale diversa da quanto espressamente previsto dai moduli *standard* approvati²⁰⁰.

L'attenzione verso la riduzione massima degli oneri documentali gravanti sul privato è tale che ai sensi del comma 5 dell'art. 2 D.lgs. 126/2016, la mancata pubblicazione delle informazioni e dei documenti e la richiesta di integrazioni documentali non corrispondenti alle informazioni e ai documenti pubblicati è sanzionata con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da tre giorni a sei mesi, integrando una fattispecie di illecito disciplinare.

1.2 Segue. Le dichiarazioni sul possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività edilizia

Il sistema delle modalità di formazione dei titoli edilizi è oggi delineato nei suoi aspetti fondamentali dagli artt. 6, 10 e 22 d.P.R. 380/2001, sulle cui previsioni ha inciso

¹⁹⁹ Cfr. art 2, commi 2 e 3 d. lgs. 126/2016: “2. Fermi restando gli obblighi di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, le pubbliche amministrazioni destinatarie delle istanze, segnalazioni e comunicazioni pubblicano sul proprio sito istituzionale i moduli di cui al comma 1. In relazione alla tipologia del procedimento, nei casi in cui la documentazione debba essere individuata dall'amministrazione procedente ovvero fino all'adozione dei moduli di cui al comma 1, le medesime pubbliche amministrazioni pubblicano sul proprio sito istituzionale l'elenco degli stati, qualità personali e fatti oggetto di dichiarazione sostitutiva, di certificazione o di atto di notorietà, nonché delle attestazioni e asseverazioni dei tecnici abilitati o delle dichiarazioni di conformità dell'agenzia delle imprese, necessari a corredo della segnalazione, indicando le norme che ne prevedono la produzione. 3. Fermi restando i rimedi previsti dal decreto legislativo n. 33 del 2013, qualora gli enti locali non provvedano alla pubblicazione dei documenti di cui al presente articolo, le regioni, anche su segnalazione del cittadino, assegnano agli enti interessati un congruo termine per provvedere, decorso inutilmente il quale adottano le misure sostitutive, nel rispetto della disciplina statale e regionale applicabile nella relativa materia. In caso di inadempienza della regione si provvede in via sostitutiva ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003”.

²⁰⁰ Cfr. art. 2, commi 4 e 5 d. lgs. 126/2016: “4. L'amministrazione può chiedere all'interessato informazioni o documenti solo in caso di mancata corrispondenza del contenuto dell'istanza, segnalazione o comunicazione e dei relativi allegati a quanto indicato nel comma 2. È vietata ogni richiesta di informazioni o documenti ulteriori rispetto a quelli indicati ai sensi del comma 2, nonché di documenti in possesso di una pubblica amministrazione. Ferme restando le sanzioni previste dal decreto legislativo n. 33 del 2013, la mancata pubblicazione delle informazioni e dei documenti di cui al presente articolo e la richiesta di integrazioni documentali non corrispondenti alle informazioni e ai documenti pubblicati costituiscono illecito disciplinare punibile con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da tre giorni a sei mesi.”

direttamente anche l'art. 3 del decreto "s.c.i.a. 2", introducendo ulteriormente novità semplificatorie²⁰¹.

A ben vedere, in questo ambito il legislatore ha mirato principalmente alla riduzione del numero delle modalità con le quali può prendere avvio e articolarsi la relazione tra il proprietario e l'amministrazione, con lo scopo di ridurre le varianti che negli anni si erano andate delineando alla iniziale tripartizione dei tre modelli di attività libera, d.i.a. e permesso di costruire²⁰². Al momento, infatti, il sistema complessivo dei titoli e dei regimi è basato su cinque ipotesi: interventi in attività edilizia libera, senza necessità di adempimenti; interventi in attività edilizia libera, con avvio subordinato alla comunicazione di inizio lavori asseverata (c.d. c.i.l.a.); interventi sottoposti alla s.c.i.a., in alcune fattispecie anche in alternativa al permesso di costruire; interventi assoggettati al permesso di costruire, a volte unitamente ad una convenzione; interventi per i quali si può domandare il permesso di costruire come alternativa alla s.c.i.a.

Pertanto, nel tentativo di mettere ordine, in primo luogo è stata eliminata del tutto la comunicazione di inizio lavori, assoggettando gli interventi in precedenza a questa sottoposti all'attività edilizia libera; allo stesso tempo è stata definitivamente espunta dal testo unico il modello della denuncia di inizio attività. Inoltre, poiché il legislatore delegato aveva anche l'obiettivo di aumentare il rilievo dei modelli basati su una comunicazione, assoggettandovi tipologie di interventi che non fossero solamente marginali, si è proceduto ad attribuire alla comunicazione di avvio lavori asseverata il ruolo di nuovo modello residuale, applicabile in via generale in mancanza di altre indicazioni²⁰³. Infine, anche per

²⁰¹ Come sottolinea E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit., l'obiettivo del legislatore delegato, in aderenza all'indicazione derivante dalla l. 124/2015, era non tanto quello di non limitare la portata del decreto delegato ad una mera elencazione quanto realizzare l'operazione di mappatura contestualmente ad un riordino delle discipline dei modelli procedurali, con l'esigenza di fondo di ridurre l'area degli assenti provvedimenti in favore dei modelli comunicativi e dichiarativi. Questo ha reso necessario un intervento a carattere fortemente innovativo sul testo unico.

²⁰² Prima del decreto 222/2016 nel testo unico si rinvenivano otto regimi. Per un commento cfr. P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, V ed., Torino, Giappichelli, 2013, 339; T. BONETTI, D. CALDIROLA, in M.A. CABIDDU (a cura di), *La disciplina dell'attività edilizia*, in *Diritto del governo del territorio*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014, 397.

²⁰³ Sul punto, il Consiglio di Stato, nel rendere il parere n. 1784/2016 sulla bozza del decreto SCIA 2 ha rilevato che "la generalizzazione della CILA, realizzata tramite l'introduzione nel t.u. edilizia di un nuovo art. 6-bis (contenuto nell'art. 3, comma 1, lettera c) dello schema in esame), ne fa un istituto intermedio tra l'attività edilizia libera e la SCIA". I due regimi sarebbero, quindi, complementari, poiché "entrambi si inquadrano nel processo di liberalizzazione delle attività private, con la differenza che nella SCIA i poteri amministrativi di intervento in ipotesi di irregolarità sono più ampi. A favore di questa soluzione militano due argomenti. In primo luogo, in entrambe le ipotesi il privato è legittimato ad iniziare l'attività sulla base dello schema norma-fatto-effetto, poiché tanto la segnalazione certificata quanto la comunicazione asseverata costituiscono per legge

il certificato di agibilità si è passati dal modello autorizzatorio basato sul silenzio-assenso a quello dichiarativo, con un rilevante effetto in termini di liberalizzazione.

L'art. 6 disciplina l'attività edilizia libera, prevedendo gli interventi "eseguiti senza alcun titolo abilitativo". Le attività ivi elencate, pertanto, non necessitano dell'instaurazione di alcuna relazione neanche a contenuto meramente comunicativo in favore dell'amministrazione²⁰⁴; si segnala la rilevante modifica rispetto alla precedente formulazione della disposizione che, seppure ugualmente dedicata all'attività edilizia libera, disciplinava ipotesi soggette all'obbligo di comunicazione preventiva ed anche un caso assoggettato a comunicazione corredata da relazione tecnica asseverata, tanto che aveva fatto dubitare dell'effettiva libertà nello svolgimento delle attività ricomprese nell'ambito di applicabilità dell'articolo²⁰⁵.

Naturalmente, giova evidenziare che le attività elencate all'art. 6 sono libere, ma il legislatore si preoccupa di premettere che sono fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali, specificando la necessità del rispetto, in ogni caso, delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia, con particolare riferimento alle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, di quelle relative all'efficienza energetica, di tutela dal rischio idrogeologico, nonché delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio. La libertà, quindi, non si accompagna all'assoluta deregolamentazione delle condizioni a cui questa può esplicarsi²⁰⁶.

fatti idonei a esercitare un'attività privata su cui insistono interessi generali. In secondo luogo, perché vi è un chiaro disegno di continuità nell'intervento del legislatore, il quale — nel settore edilizio — ha sostanzialmente trasferito buona parte delle attività assoggettate a SCIA nel regime della CILA". Come più avanti si analizzerà, resta un'importante differenza tra i due regimi, in quanto il potere di controllo dell'amministrazione è previsto solo nella SCIA, restando le attività soggette al regime comunicativo sottoposte ad una vigilanza "orientata" dell'amministrazione. Si veda anche E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit.

²⁰⁴ Con l'unica eccezione delle opere temporanee di cui alla lettera e-bis), che possono essere avviate solo previa comunicazione di avvio lavori al comune, senza necessità di asseverazioni o attestazioni. Diffusamente sul tema cfr. BARTOLINI A., *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2012, 1-2, 103-116.

²⁰⁵ La riflessione è stata confermata anche dal Consiglio di Stato che, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo, ha riconosciuto che, nel precedente sistema, anche nei confronti della comunicazione l'amministrazione comunale conservava i propri poteri sanzionatori e repressivi nel caso di attività edilizia difforme, anche in considerazione del fatto che nell'attività libera sottoposta a comunicazione, l'amministrazione non dispone di alcun periodo di tempo per l'esercizio dei poteri inibitori prima dell'inizio dei lavori, come accadeva per la d.i.a. "Il legislatore, dunque, aveva scelto di non liberalizzare integralmente gli interventi soggetti a CIL, i quali si caratterizzano per avere comunque un impatto verso l'esterno, benché limitato ovvero temporaneo, introducendo un regime a metà strada tra l'attività completamente libera e la DIA".

²⁰⁶ *Contra*, T.A.R. Toscana, Sez. III, 10 novembre 2016, n. 1625, in tema di frazionamento quale incompressibile *ius utendi* del proprietario.

Il diverso modello delineato dall'art. *6bis*, invece, prevede in modo espresso la necessità di adempiere ad obblighi comunicativi nei confronti dell'amministrazione. La disposizione stabilisce, infatti, che tutti gli interventi non riconducibili all'elenco di cui agli articoli 6, 10 e 22, sono realizzabili previa comunicazione, anche per via telematica, dell'inizio dei lavori da parte dell'interessato all'amministrazione competente, fatto salvo il rispetto delle prescrizioni urbanistiche e delle norme a tutela di interessi sensibili (analogamente a quanto avviene nell'attività totalmente libera). L'interessato deve, quindi, trasmettere all'amministrazione comunale l'elaborato progettuale e la comunicazione di inizio dei lavori asseverata da un tecnico abilitato, il quale attesta, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi vigenti e che sono al contempo compatibili con la normativa in materia sismica e con quella sul rendimento energetico nell'edilizia e che non vi è interessamento delle parti strutturali dell'edificio; la comunicazione contiene, altresì, i dati identificativi dell'impresa alla quale si intende affidare la realizzazione dei lavori²⁰⁷.

La disposizione ha una portata evidentemente residuale rispetto all'ambito di operatività degli altri regimi, assumendo quindi, secondo la formulazione attuale, il ruolo che nel precedente sistema era attribuito alla s.c.i.a. nel disegno complessivo dei diversi moduli procedurali del settore. In una prospettiva di semplificazione ulteriore, l'art. *6bis* prevede, inoltre, per le Regioni la facoltà di sottoporre alla disciplina della comunicazione di inizio lavori asseverata interventi ulteriori rispetto a quelli indicati, in via residuale, dal comma 1, di fatto consentendo loro di attrarre nell'ambito di questo regime anche attività soggette a permesso di costruire o a s.c.i.a. Allo stesso tempo, non sembra che qualcosa impedisca alle Regioni di assoggettare a c.i.l.a. interventi totalmente liberi.

In questo modello, al privato è attribuito il compito di comunicare l'inizio dei lavori con una dichiarazione contenente alcuni dati identificativi generali sul titolare dell'intervento, sull'oggetto e la durata dello stesso; a questa si aggiunge una relazione asseverata, alla quale in definitiva si affida il compito di attestare, sotto la responsabilità del tecnico abilitato, la conformità alle prescrizioni normative e regolamentari rilevanti. Proprio in virtù della sua conformazione, ci si è chiesto quale sia l'effettiva natura da attribuirsi alla c.i.l.a., posto che, per come è delineata, sono poche le differenze pratiche rispetto all'altro modulo comunicativo rappresentato dalla s.c.i.a. In effetti, l'attuale

²⁰⁷ Cfr. art. *6bis*, commi 1 e 2, d.P.R. 380/2001. Il comma successivo prevede, inoltre, che, ove la comunicazione di fine lavori sia accompagnata dalla documentazione necessaria per la variazione catastale, tale documentazione sarà tempestivamente inoltrata dall'Amministrazione comunale direttamente agli Uffici dell'Agenzia delle Entrate.

previsione di un articolo specifico, rubricato espressamente “interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata” lascerebbe presupporre che si tratti di un vero e proprio titolo condizionante la legittimità degli interventi ivi previsti, che in precedenza rinvenivano la loro disciplina, seppur differenziata, nella disposizione dedicata all’attività edilizia libera, da svolgersi “senza alcun titolo abilitativo”. Anche il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto, ha definito la c.i.l.a. come “un regime a metà strada tra l’attività completamente libera e la DIA”, chiedendo di integrare il testo con la previsione di sanzioni per i casi di “CILA incompleta o irregolare ovvero di lavori eseguiti in difformità dalla CILA”²⁰⁸. Il legislatore delegato non ha, tuttavia, recepito il suggerimento.

È evidente che l’esatta individuazione della natura giuridica della c.i.l.a. comporta conseguenze non di poco conto. Se, infatti, la si ritiene un mero adempimento amministrativo, l’eventuale omissione non incide sulla legittimità delle opere, ma può determinare la sola applicazione della modesta sanzione pecuniaria individuata dall’art. 6bis del testo unico, senza possibilità di adozione di misure riparatorie da parte dell’amministrazione comunale; nel caso in cui, invece, la si reputi un vero e proprio titolo edilizio, la stessa condiziona la legittimità delle opere, rendendo, quindi, abusive quelle realizzate in mancanza del titolo, obbligando il proprietario a misure riparatorie della legalità e all’eventuale sanatoria legittimante²⁰⁹.

L’altro regime delle attività edilizie nel quale grande rilievo hanno le dichiarazioni rese dall’interessato è rappresentato dalla s.c.i.a., il cui ambito di applicabilità in materia è delineato dall’art. 22²¹⁰ del testo unico. Effettivamente, è con l’applicazione in ambito

²⁰⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, 4 agosto 2016, n. 1784/2016, par. 5.5.3 del parere. Il Collegio, pur chiedendo alcune integrazioni, ha comunque riconosciuto la differenza intercorrente tra c.i.l.a. e s.c.i.a. per quanto attiene ai poteri di intervento successivo dell’amministrazione: da un lato, un potere meramente sanzionatorio (c.i.l.a.), dall’altro potere repressivo, inibitorio e conformativo, oltre che di autotutela (s.c.i.a.). Secondo il Consiglio di Stato, la differenza è giustificata dai principi di proporzionalità e adeguatezza, tenuto conto che nella materia edilizia il legislatore ha costruito un sistema speciale in cui il controllo dei poteri pubblici è meno invasivo qualora le attività private non determinino un impatto significativo sul territorio, secondo un modello di “semplificazione progressiva”. L’attività assoggettata a c.i.l.a. è, quindi, sia libera sia non sottoposta ad un controllo sistematico da effettuare sulla base di procedure formali e tempistiche perentorie, ma deve solo essere conosciuta dall’amministrazione, perché possa verificare che l’impatto sul territorio sia modesto.

²⁰⁹ In questo senso cfr. E. AMANTE, *Le categorie di intervento, titoli abilitativi e procedimenti edilizi dopo la riforma Madia*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 6, 792, secondo cui in base al tenore letterale dell’art. 6bis, la ricostruzione della c.i.l.a. in termini di titolo abilitativo renderebbe l’istituto ingiustificato, in quanto del tutto analogo alla s.c.i.a.

²¹⁰ Nello specifico, l’art. 22, comma 1, dispone che “Sono realizzabili mediante la segnalazione certificata di inizio di attività di cui all’articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente: a) gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all’articolo 3, comma 1, lettera b), qualora riguardino le parti strutturali dell’edificio; b) gli interventi di restauro e

edilizio che questo modello estende in modo rilevante la propria importanza pratica²¹¹. Come è stato evidenziato, con la s.c.i.a. si ottiene una sovrapposizione tra la “deprovvedimentalizzazione” e la “decertificazione”, in virtù dell’arretramento complessivo dell’amministrazione, titolare dell’unico potere autoritativo che continua ad esistere, cioè quello di controllo successivo²¹².

Nella sua attuale formulazione, la disposizione prevede che gli interventi ivi indicati siano assoggettati al regime disciplinato dall’art. 19 legge n. 241/90, così sancendo definitivamente l’applicabilità del modello generale di segnalazione certificata anche al settore edilizio²¹³. Questo significa che la segnalazione dovrà essere corredata di tutte le

di risanamento conservativo di cui all'articolo 3, comma 1, lettera c), qualora riguardino le parti strutturali dell'edificio; c) gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), diversi da quelli indicati nell'articolo 10, comma 1, lettera c).” I commi 2 e 2bis sono, invece, rimasti immutati, prevedendo l’applicazione della s.c.i.a. anche per varianti non rilevanti al permesso di costruire, purché entro i limiti ivi indicati. Sono le c.d. varianti “minime” oggetto di segnalazione preventiva, caratterizzate da una portata innovativa limitata rispetto all’intervento autorizzato con permesso di costruire, non in grado di modificare in modo radicale gli elementi principali dell’autorizzazione espressa e, quindi, non in grado di configurare un nuovo intervento, che richiederebbe un altro titolo espresso. Alla stessa disciplina sono soggette le c.d. varianti in corso d’opera, che ugualmente non possono essere essenziali e la cui esecuzione può essere segnalata entro la fine lavori oggetto del permesso.

²¹¹ Il rilievo è di A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 48, 3, 645. L’applicazione al settore edilizio di questo modello, in precedenza delineato come d.i.a., è il risultato di un lungo percorso, il quale parte dalla prima previsione della denuncia di inizio attività per gli interventi edilizi minori nel d.l. 88/1995, a cui hanno fatto seguito ulteriori nove decreti-legge, fino alla novella contenuta nell’art. 4, comma 7 ss. d.l. 398/1993, introdotta in ambito edilizio dall’art. 2 legge n. 662/1996 e poi rifiuta negli artt. 22 e 23 del d.P.R. 445/2000. Cfr. P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., 270.

²¹² Così L. DONATO, *Le autocertificazioni tra “verità” e “certezza”*, cit., 140. Considerazioni critiche sull’effetto, invece, di liberalizzazione conseguito attraverso i vari modelli che si sono succeduti di d.i.a. e s.c.i.a. sono espresse da B. G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell’ostinazione del legislatore pigro*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 12, 1328 ss. Secondo l’Autore la s.c.i.a. sarebbe sempre un *second best* rispetto alla soluzione ottimale, cioè la vera liberalizzazione delle attività economiche, con la radicale eliminazione di ogni tipo di procedura autorizzatoria o, in subordine, la revisione dei presupposti e dei requisiti necessari per ottenere l’autorizzazione, che dovrebbero essere sempre oggettivi, proporzionati, trasparenti e non discriminatori. D’altro canto, questo modello sarebbe una soluzione subottimale anche rispetto al titolo autorizzativo espresso, da preferirsi per la maggiore certezza garantita al privato interessato e, in termini di impugnabilità, al terzo leso. L’incertezza è illustrata da G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit. 2017, 188, che per spiegare i “risultati sub ottimali” delle forme di autorizzazione semplificata richiama la teoria dei giochi. Rimarca i fattori che nel tempo hanno sempre alimentato la diffidenza verso l’istituto S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell’amministrazione e le ragioni dei privati*, cit., secondo la quale i fattori che alimentano la diffidenza verso l’utilizzo dell’istituto possono essere rinvenuti nella condotta di tutti gli attori della fattispecie: il privato si mostra incapace di interpretare il ruolo di controllore di se stesso; l’amministrazione non assolve in pieno ai propri doveri di “protezione” e garanzia; il legislatore, infine, attraverso continui rimaneggiamenti, molti dei quali di difficile comprensione, genera incertezza.

²¹³ Come è stato evidenziato, il richiamo all’art. 19 della legge sul procedimento amministrativo non potrebbe essere più chiaro, tale da delineare la definitiva rinuncia a disegnare un regime speciale per

dichiarazioni sostitutive ai sensi degli artt. 46 e 47 d.P.R. 445/2000 ed autocertificazioni variamente denominate indicate in quella disposizione, comprese le attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti normativamente richiesti; tali attestazioni e asseverazioni devono essere corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione.

Attraverso il richiamo all'istituto generale della s.c.i.a. ex art. 19 si è dato seguito al rilievo espresso dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto delegato, il quale aveva segnalato l'esigenza di assicurare una piena coerenza tra la disciplina generale dell'istituto di cui agli artt. 19 e 19bis della legge n. 241 e le applicazioni pratiche che di questo emergono nel t.u. edilizia. "Ciò al fine di evitare che si possa affermare, come pure è stato fatto, che la SCIA edilizia acquista una fisionomia diversa da quella prevista dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990, ed evitare il perpetuarsi di incertezze interpretative, che da tempo caratterizzano il rapporto tra DIA, SCIA edilizia, e l'istituto codificato dalla legge sull'azione amministrativa."²¹⁴

L'unico elemento che, quindi, differenzia oggi le due forme di s.c.i.a. è la riduzione del termine assegnato all'amministrazione per il controllo e l'esercizio dei poteri repressivi e inibitori, in questo settore limitato a trenta giorni²¹⁵.

Il successivo art. 23 prevede, poi, le fattispecie subordinate a segnalazione certificata di inizio di attività in alternativa al permesso di costruire, per le quali si applica il medesimo regime procedurale previsto dall'art. 19 legge n. 241/90²¹⁶. Il legislatore, tuttavia, si premura di esplicitare in questa sede l'*iter* da seguire: la segnalazione, quindi, deve essere presentata allo sportello unico, accompagnata da una dettagliata relazione a

la SCIA edilizia. Cfr. E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit.

²¹⁴ Cfr. parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 4 agosto 2016, n. 1784/2016. Rileva il Consiglio di Stato, inoltre, che non deve, per esempio, essere messo in dubbio il fatto che, quando il t.u. edilizia prevede il ricorso alla SCIA, in caso di violazione della disciplina si applica il regime previsto dall'art. 19, con tutte le conseguenze del caso, compresa l'applicazione del regime di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241.

²¹⁵ Cfr. art. 19, comma 6bis, legge n. 241/90: "Nei casi di Scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni. Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali."

²¹⁶ Parte della dottrina esprimeva già in passato perplessità in ordine alla scelta del legislatore di configurare questo modulo come alternativo alla pronuncia espressa da parte dell'amministrazione circa la legittimità dell'intervento, considerato irrazionale e contraddittorio dal punto di vista teorico. Si veda P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., 272, per il quale non potrebbe risultare alternativo al titolo espresso un istituto che, applicando il modello dell'art. 19 legge n. 241/90, è concepito come sostitutivo del medesimo; L.R. PERFETTI, *La denuncia di inizio attività in alternativa alle concessioni e all'autorizzazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 5, 479 ss.

firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie²¹⁷. Inoltre, eventuali atti o pareri di organi o enti appositi o l'esecuzione di verifiche preventive sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di tecnici abilitati relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge, dagli strumenti urbanistici approvati o adottati e dai regolamenti edilizi, da produrre a corredo della segnalazione e della relazione tecnica, salve naturalmente le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti. Dalla possibilità di queste ultime autocertificazioni sono escluse, come in altri casi, le ipotesi in cui il legislatore ritiene che vengano in rilievo interessi sensibili²¹⁸.

In questo modello, l'importanza della segnalazione iniziale e di tutta la documentazione a corredo si rinviene nella previsione per la quale la sussistenza del titolo è provata con la copia della segnalazione certificata di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della segnalazione, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari²¹⁹. Gli oneri dichiarativi, tuttavia, non si esauriscono con la presentazione della segnalazione iniziale; è, infatti, ulteriormente previsto che, ultimato l'intervento, il

²¹⁷ Cfr. art. 23, comma 1, d.P.R. 380/2001. L'ulteriore onere dichiarativo incombente sul privato potrà presentarsi nel caso in cui, trattandosi di nuove costruzioni o ristrutturazioni urbanistiche disciplinate da piani attuativi per i quali non sia intervenuto un atto di ricognizione, questo non sia stato adottato dall'amministrazione comunale; in questa ipotesi l'atto di competenza dell'amministrazione può essere sostituito da una apposita relazione tecnica nella quale venga asseverata l'esistenza di piani attuativi con le caratteristiche normativamente previste. La differenza di questo modello rispetto alla s.c.i.a. ordinaria è che per l'effettivo inizio dei lavori occorre attendere trenta giorni dall'invio della comunicazione.

²¹⁸ Cfr. art. 23, comma 1*bis*, d.P.R. 380/2001, che prevede "la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria". In relazione a queste limitazioni, i commi 3 e 4 prevedono, inoltre, che qualora l'immobile sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela compete, anche in via di delega, alla stessa amministrazione comunale, il termine di trenta giorni di cui al comma 1 decorre dal rilascio del relativo atto di assenso. Nel caso in cui, invece, la tutela non compete all'amministrazione comunale, ove il parere favorevole del soggetto preposto alla tutela non sia allegato alla segnalazione, il competente ufficio comunale convoca una conferenza di servizi ai sensi degli articoli 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il termine di trenta giorni di cui al comma 1 decorre dall'esito della conferenza. In ambedue i casi, in caso di esito non favorevole, la segnalazione è priva di effetti.

²¹⁹ Cfr. art. 23, comma 5, d.P.R. 380/2001.

progettista o un tecnico abilitato rilasci un certificato di collaudo finale, che va presentato allo sportello unico, con il quale si attesta la conformità dell'opera al progetto presentato con la segnalazione certificata²²⁰.

È evidente, quindi, che l'impiego della s.c.i.a. in luogo del permesso di costruire impone all'interessato adempimenti ulteriori rispetto al modello generale, soprattutto in termini di dichiarazioni da rendere circa l'avvenuto svolgimento dell'intervento.

Dall'analisi del quadro normativo finora esaminato emerge come, per l'esercizio dell'attività edilizia, il privato interessato sia tenuto a presentare numerose dichiarazioni all'amministrazione competente, soprattutto nella forma delle relazioni asseverate e attestazioni tecniche circa la conformità al quadro normativo dell'attività da intraprendersi e, in alcuni casi, delle autocertificazioni a sostituzione dei pareri e delle attestazioni di verifiche preventive che dovrebbero spettare a soggetti pubblici. Il proprietario ed il tecnico che lo assiste, pertanto, sono sottoposti ad una importante assunzione di responsabilità in ordine alla sussistenza dei requisiti a cui la legge subordina l'avvio dell'intervento edilizio di interesse. Del resto, lo si è già evidenziato, la responsabilizzazione è il tratto caratterizzante dei procedimenti ad istanza di parte in autocertificazione, che con la s.c.i.a. trovano, in generale, una delle massime espressioni²²¹. Analoghi oneri si rinvencono nel modello della comunicazione di inizio lavori asseverata ex art. 6bis.

Nel caso della s.c.i.a. edilizia ex art. 23, anzi, l'assunzione di responsabilità pare essere maggiore per il tecnico ed è ulteriormente evidenziata dalla previsione per cui il progettista abilitato, oltre a compilare una "dettagliata relazione [...] che asseveri la conformità delle opere" agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi, in aggiunta al rispetto delle norme igienico-sanitarie e di sicurezza, è sottoposto alla sanzione della segnalazione all'ordine di appartenenza ed all'autorità giudiziaria per il caso di affermazioni mendaci. A questo si aggiunga che l'art. 29, comma 3, del testo unico espressamente attribuisce al progettista la qualità di persona esercente un servizio di

²²⁰ Contestualmente lo stesso tecnico deve presentare la ricevuta dell'avvenuta presentazione della variazione catastale conseguente alle opere realizzate ovvero dichiarazione che le stesse non hanno comportato modificazioni del classamento. Cfr. art. 23, comma 7, d.P.R. 380/2001.

²²¹ Giova evidenziare che, mentre nel precedente regime della d.i.a. ex art. 19 legge n. 241/90 la fattispecie generale necessitava di una semplice "dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste", con il passaggio al diverso modello della s.c.i.a. ad opera d.l. 31 maggio 2010, n. 78, anche per la segnalazione certificata generale è richiesto che l'atto del privato sia accompagnato, ove previsto, "dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese [...] relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione".

pubblica necessità ai sensi degli articoli 359²²² e 481 del codice penale, che punisce la falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità²²³.

La rilevanza attribuita al progettista nell'ambito della s.c.i.a. è tale da aver condotto in passato, durante la vigenza della d.i.a. edilizia, a ipotizzare un vero e proprio spostamento del baricentro di responsabilità dalla denuncia del privato alla asseverazione ed alla verifica del professionista; è a questo che, di fatto, sono stati assegnati compiti oggettivi di verifica, che necessitano di competenze tecniche, trasferiti dagli uffici pubblici alle competenze e conoscenze professionali qualificate della società civile²²⁴. Si attribuirebbero, insomma, a soggetti particolarmente specializzati, iscritti in albi, compiti di verifica, responsabilità e garanzia della legittimità dell'intervento dal punto di vista tecnico, incaricando questi di svolgere, in forma autonoma, funzioni che in precedenza erano proprie dell'amministrazione comunale²²⁵; l'"arretramento" dell'amministrazione potrebbe fare pensare ad una modalità di concretizzazione della sussidiarietà orizzontale predicata dall'art. 118 Cost., attraverso quella che è stata definita come una forma di "autoamministrazione sociale"²²⁶.

Questo regime di sostanziale deprovincializzazione a cui sono soggette alcune attività di tipo edilizio potrebbe, quindi, portare a ritenere che nel diverso modello applicabile alle attività assoggettate a titolo autorizzativo espresso ogni elemento rilevante ai fini dell'istruttoria debba essere oggetto di specifici accertamenti da parte dell'amministrazione, secondo la forma ordinaria disciplinata in via generale dall'art. 6 legge n. 241/90. A ben vedere, il D.lgs. 222/2016 ha inciso anche sul permesso di costruire, modificando l'art. 20 d.P.R. 380/2001, attraverso la previsione secondo cui alla domanda

²²² Cfr.art. 359 c.p.: "Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità: 1) i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi; 2) i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica Amministrazione."

²²³ Art. 481 c.p.: "Chiunque, nell'esercizio di una professione sanitaria o forense, o di un altro servizio di pubblica necessità, attesta falsamente, in un certificato, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da cinquantuno euro a cinquecentosedici euro. Tali pene si applicano congiuntamente se il fatto è commesso a scopo di lucro."

²²⁴ In questi termini G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19 – 21 settembre 1996, Milano, 1997, 190.

²²⁵ In questo senso M. BERNARDINI, *Dalla concessione alla denuncia di inizio attività*, Padova, CEDAM, 1998, 108.

²²⁶ Cfr. P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., 277.

per il rilascio del permesso debba essere allegata una dichiarazione del progettista abilitato, che acquisisce il valore di una asseverazione circa la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia²²⁷. Anche in questo caso, quindi, il regime comporta la responsabilizzazione diretta del progettista, ed indiretta anche del committente, a cui è affidato l'onere di compiere una "istruttoria preventiva", sulla cui base si innesta poi l'istruttoria procedimentale, condotta secondo le regole ordinarie dal responsabile del procedimento.

Giova evidenziare che le varie dichiarazioni, comunicazioni, segnalazioni che caratterizzano la concreta operatività dei diversi regimi amministrativi dell'attività edilizia sono di fatto sottoposte alla disciplina del d.P.R. 445/2000: i moduli standardizzati approvati in sede di Conferenza unificata, infatti, indipendentemente dall'effettivo modello autorizzativo impiegato, riportano espressamente per l'operatore economico l'assunzione di responsabilità circa la veridicità delle informazioni e degli elementi dichiarati, richiamando le conseguenze amministrative e penali previste dagli artt. 75 e 76 del testo unico sulla documentazione amministrativa per il caso di false rappresentazioni; la parte di competenza del progettista o tecnico abilitato, inoltre, rimanda alle sanzioni penali specificatamente previste in virtù dell'assunzione della qualità di persona esercente un servizio di pubblica necessità ai sensi degli articoli 359 e 481 c.p., quindi rendendo esplicito il particolare affidamento che l'ordinamento ripone nelle relative asseverazioni ed attestazioni proprio a causa della qualificazione professionale rivestita.

Nel concludere l'esame circa l'apporto delle dichiarazioni del privato nell'ambito dei regimi a cui è soggetta l'attività edilizia e del maggiore o minore impiego di forme semplificate rispetto al canone del rilascio del titolo espresso, non si può tralasciare l'innovazione che il decreto s.c.i.a. 2 ha introdotto a proposito dell'acquisizione dell'agibilità, il cui procedimento è oggi ricondotto al modello della segnalazione certificata ex art. 19 legge n. 241/90. Anche per questa certificazione, quindi, il legislatore si è mosso nella direzione della liberalizzazione e responsabilizzazione del privato, attribuendogli la

²²⁷ Cfr. art. 20, comma 1, d.P.R. 380/2001, a mente del quale: "La domanda per il rilascio del permesso di costruire, sottoscritta da uno dei soggetti legittimati ai sensi dell'articolo 11, va presentata allo sportello unico corredata da un'attestazione concernente il titolo di legittimazione, dagli elaborati progettuali richiesti, e quando ne ricorrano i presupposti, dagli altri documenti previsti dalla parte II. La domanda è accompagnata da una dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati e adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, alle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie alle norme relative all'efficienza energetica.

capacità di attestare il ricorrere di tutti i presupposti per l'utilizzo dell'immobile. Si tratta, quindi, di un'ulteriore forma di legittimazione *ex lege* al lecito utilizzo, che sostituisce la necessità di una determinazione espressa o della formazione del silenzio-assenso, come avveniva in precedenza²²⁸.

Anche per questa segnalazione certificata si applicano i commi 3 e *6bis* dell'art. 19: questo comporta che l'amministrazione, entro trenta giorni, può esercitare i suoi poteri inibitori o conformativi prescritti per il caso di accertata carenza dei requisiti oggetto di dichiarazione. È stato evidenziato²²⁹, tra l'altro, che il mancato richiamo al comma 4 dell'art. 19, che consente l'esercizio del potere di controllo nelle forme dell'autotutela, mostra che l'amministrazione, una volta decorsi i trenta giorni, non abbia alcun margine di intervento sull'agibilità in s.c.i.a., con l'evidente effetto di consolidare una condizione di incontestabilità amministrativa dell'agibilità²³⁰.

²²⁸ Il privato titolare del permesso di costruire o che ha presentato la s.c.i.a. deve, quindi, trasmettere allo sportello unico una ulteriore segnalazione certificata avente ad oggetto l'indicazione della sussistenza delle condizioni sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti installati, nonché la conformità ai titoli edificatori. Questa segnalazione deve essere corredata dall'attestazione del direttore dei lavori o, ove non nominato, di un professionista abilitato che asseveri la sussistenza delle condizioni richieste, dal certificato di collaudo statico (o, per i lavori di minor consistenza, dalla dichiarazione di regolare esecuzione del direttore dei lavori); dalla dichiarazione di conformità alla normativa in tema di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche; dagli estremi dell'avvenuta dichiarazione di aggiornamento catastale; dalla dichiarazione dell'impresa installatrice circa la conformità degli impianti. In questo modo, l'immobile può essere utilizzato lecitamente sin dal momento della presentazione allo sportello unico della segnalazione.

²²⁹ Così E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit.; In senso contrario cfr. E. AMANTE, *Le categorie di intervento, titoli abilitativi e procedimenti edilizi dopo la riforma Madia*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 6, 792.

²³⁰ A completare il quadro delle dichiarazioni, autocertificazioni e comunicazioni che in senso lato il d.P.R. 380/2001 affida al privato, si segnalano alcune previsioni – le uniche, in effetti, di tutto il testo unico – che menzionano espressamente gli strumenti di decertificazione introdotti dal testo unico sulla documentazione amministrativa. Il riferimento è, in particolare, all'art. 48, dedicato alle "Aziende erogatrici di servizi pubblici", che, nel vietare a questi soggetti la somministrazione della propria fornitura per l'esecuzione delle opere prive di permesso di costruire, impone al richiedente il servizio di allegare alla domanda una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, indicante gli estremi del permesso di costruire, o, per le opere abusive, gli estremi del permesso in sanatoria, ovvero copia della domanda di permesso in sanatoria corredata della prova del pagamento delle somme dovute, a pena di nullità del contratto stipulato. La carenza della dichiarazione espone anche il funzionario dell'azienda erogatrice, cui sia imputabile la stipulazione del contratto stesso, ad una sanzione pecuniaria da 2.582 a 7.746 euro. Un obbligo analogo di dichiarazione sostitutiva è previsto al comma 3, che, per le opere iniziate anteriormente al 30 gennaio 1977, consente la presentazione di un'autocertificazione, in luogo degli estremi della licenza edilizia, attestante che l'opera è stata iniziata in data anteriore al 30 gennaio 1977. Ancora, è previsto l'impiego di dichiarazioni sostitutive in caso di interventi edilizi per l'eliminazione di barriere architettoniche, ai sensi dell'art. 81 del testo unico.

2. La vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia e i controlli sulla veridicità delle dichiarazioni

In considerazione del rilievo dell'attività edilizia e delle trasformazioni che il suo esercizio è in grado di determinare sul territorio, il sistema articolato di regimi e modelli per la legittima esplicazione dello *ius aedificandi* si accompagna ad una disciplina altrettanto articolata delle funzioni di vigilanza in ordine al suo corretto esercizio. Queste, infatti, rappresentano uno strumento indispensabile per la tutela della corretta gestione del territorio, soprattutto in relazione all'ampio sviluppo che gli istituti di semplificazione e i meccanismi di legittimazione *ex lege* hanno conosciuto nel corso degli anni, con un graduale e continuo restringimento dell'area del controllo *ex ante* sul titolo che abilita all'edificazione²³¹. Non stupisce, quindi, che il testo unico dedichi l'intero titolo IV alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle connesse responsabilità ed alle conseguenti sanzioni²³². Le previsioni, naturalmente, devono essere integrate dalle disposizioni dettate in modo specifico per il singolo modello procedurale impiegato, considerando l'articolazione che, ad esempio, per il caso della s.c.i.a. è fissata dall'art. 19 legge n. 241/90²³³, che anche in punto di poteri di controllo e di intervento costituisce il paradigma di riferimento in ambito edilizio²³⁴.

²³¹ Per un commento al sistema di vigilanza dettato dal testo unico si veda R. URSI, *Commento agli artt. 27 e 28*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, Giuffrè, 2015, 669 ss., che sottolinea lo stretto legame che intercorre tra attività di vigilanza ed attività sanzionatoria, tanto che alcuni interpreti hanno parlato di un assorbimento della prima nella seconda, essendo la vigilanza strumentale all'intervento successivo.

²³² In particolare, il capo I è dedicato alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia ed alle responsabilità, mentre il capo II alle sanzioni.

²³³ Un'articolata ricostruzione dell'istituto, con particolare riferimento ai tempi di esercizi dei poteri repressivi e di controllo, si rinviene in T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 7 aprile 2016, n. 1658. Cfr. anche T.A.R. Lazio, Sez. IIbis, 25 maggio 2017, n. 262.

²³⁴ Cfr. Cons. St. comm. Spec., 30 marzo 2016, n. 839, che ha evidenziato l'esigenza di una piena coerenza tra la disciplina generale della s.c.i.a. di cui agli artt. 19 e 19bis della legge n. 241 e le applicazioni pratiche che di questo stesso istituto si fanno nel t.u. edilizia. Questo deriva dalla necessità di evitare che si possa affermare, come pure è stato fatto, che la s.c.i.a. edilizia acquista una fisionomia diversa da quella prevista dall'art. 19 della legge n. 241 del 1990, ed evitare il perpetuarsi di incertezze interpretative. Peraltro, l'unitarietà dell'istituto anche per la materia edilizia sarebbe confermata, secondo il Collegio, dal fatto che lo stesso art. 19 della l. n. 241 – nella sua versione riformata ad opera dei d.l. n. 78 del 2010 e poi del d.l. n. 70 del 2011 e n. 138 del 2011 – prevede un comma ad hoc sulla “SCIA in materia edilizia” (il comma 6bis), che applica e raccorda la disciplina generale della segnalazione certificata con lo specifico settore. Era stato necessario introdurre questa previsione all'epoca, poiché al momento della riforma degli anni 2010-2011 il termine più diffuso in materia edilizia era di trenta giorni, e non di sessanta come per la disciplina generale della s.c.i.a. La minore onerosità per il settore edilizio non dovrebbe, quindi, trasformarsi in un fattore di complicazione e di confusione della disciplina.

Il dovere di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia è attribuito espressamente al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale, il quale, anche in conformità alle modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente, lo esercita nel territorio comunale, con lo scopo di assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi²³⁵.

Le ipotesi che possono ricorrere sono, in estrema sintesi, quella della realizzazione dell'intervento edilizio in assenza di un titolo legittimo ovvero quella della realizzazione dello stesso in difformità dal titolo, pure esistente. Ipotesi peculiare, sulla quale ci si soffermerà conformemente all'analisi svolta anche negli altri settori oggetto della presente ricerca, è quella in cui l'esercizio dell'attività sia avvenuto sulla base di un titolo rilasciato sulla scorta di dichiarazioni false o non veritiere.

Ripercorrendo i diversi regimi a cui l'attività edilizia può essere assoggettata e le disposizioni che li delineano, rileva, in primo luogo, quanto dettato in merito agli interventi di edilizia libera *ex art. 6*, in relazione ai quali della fissazione delle modalità di svolgimento dei controlli sono onerate le Regioni a statuo ordinario²³⁶; in questi casi, non essendo prevista la formazione di alcun titolo neanche attraverso una dichiarazione del privato, non potrà naturalmente verificarsi un'ipotesi di mendacio o di non conformità dell'attività svolta a quanto dichiarato. L'eventuale esito negativo del controllo si produrrà per il verificarsi dell'ipotesi estrema della realizzazione senza alcuna comunicazione o richiesta di titolo di un intervento che non rientra tra quelli classificabili come edilizia effettivamente libera, ovvero nel caso in cui l'intervento, pur non necessitando di alcuna forma di comunicazione o di legittimazione provvedimentoale, non sia posto in essere nel rispetto delle prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia, dalla cui applicazione l'art. 6 non prescinde.

Anche l'art. *6bis* attribuisce alle Regioni a statuo ordinario il compito di fissare le "modalità di effettuazione dei controlli, anche a campione e prevedendo sopralluoghi in loco"²³⁷. In questo caso, la comunicazione preventiva su cui si incentra la c.i.l.a. richiede la verifica, oltre che della conformità dell'intervento al regime legale previsto, anche della veridicità di quanto dichiarato e la rispondenza ad esso di quanto effettivamente posto in essere. Si tratterebbe, in questa ipotesi, di forme di vigilanza "orientata", in quanto

²³⁵ Cfr. art. 27 d.P.R. 380/2001.

²³⁶ Cfr. art. 6, comma 6, let. b), d.P.R. 380/2001.

²³⁷ Cfr. art. 6, comma 4, lett. b), d.P.R. 380/2001.

l'amministrazione può "orientare" la propria attività di controllo proprio in ragione dell'informazione iniziale che riceve²³⁸.

Una disposizione analoga è dettata in relazione al certificato di agibilità, oggi sottoposto a s.c.i.a., per il quale è attribuito a Regioni, Province autonome, Comuni e Città metropolitane, nell'ambito delle proprie competenze, il compito di disciplinare le modalità di effettuazione dei controlli, anche a campione, comprensivi dell'ispezione delle opere realizzate, onde verificare la veridicità delle dichiarazioni e la conformità del risultato dell'attività.²³⁹

Sono queste – la c.i.l.a. e la s.c.i.a. ancora di più – ipotesi nelle quali l'arretramento complessivo dell'amministrazione non fa comunque venire meno la presenza e la possibile incidenza dei poteri pubblicistici. L'amministrazione, infatti, resta titolare dell'unico potere autoritativo che continua a venire in rilievo, cioè quello di controllo successivo²⁴⁰. È proprio per questo che il legislatore ha predisposto, come si vedrà più avanti, un meccanismo sanzionatorio più articolato rispetto a quello delineato dal testo unico sulla documentazione amministrativa per il caso di false dichiarazioni. Infatti, poiché l'esercizio dell'attività è potenzialmente in grado di pregiudicare interessi pubblici e di incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi, al pari di come si pone necessario mantenere un impianto di regole sostanziali non incise dal modello liberalizzante, escludendo una totale deregolazione, così è indispensabile che l'amministrazione conservi una funzione di controllo sull'avvio di tali attività, a protezione degli interessi generali e di particolari soggetti che potrebbero risultare pregiudicati del mancato rispetto della cornice normativa, siano essi, ad esempio, vicini oppure concorrenti²⁴¹. D'altro canto, proprio la delicatezza del funzionamento di un istituto come la s.c.i.a., massimamente basato sulla responsabilizzazione del privato, ha generato incertezza già in passato sui limiti e sulla portata dell'intervento dell'amministrazione

²³⁸ In questi termini E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit.

²³⁹ Cfr. art. 24, comma 7, d.P.R. 380/2001.

²⁴⁰ La consapevolezza circa la mera apparenza della scomparsa del potere pubblico in queste fattispecie è espressa da S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, cit., 142. In passato, l'idea era stata espressa da M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.

²⁴¹ In proposito E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit., che definisce la posizione del privato di diritto soggettivo a regime amministrativo, afferma che in questa fattispecie nel rapporto tra amministrazione e privato il lato attivo e quello passivo si mantengono in equilibrio: si può parlare per tale ragione di un diritto soggettivo che fronteggia un potere e questo scardinerebbe la teoria della degradazione, su cui si è costruita la dogmatica del diritto amministrativo otto-novecentesco. Questo equilibrio sarebbe una conseguenza, per lo più, delle particolari caratteristiche del potere attribuito all'amministrazione e dalle modalità di esercizio dello stesso.

anche nello stesso legislatore, il quale, non convinto della capacità di ciascuna delle parti coinvolte di rispettare il proprio ruolo, è intervenuto negli anni passati a rafforzare i poteri di intervento del soggetto pubblico, consentendogli espressamente di agire in autotutela; le formulazioni normative impiegate, però, sono state spesso poco chiare e foriere di dubbi interpretativi in ordine ai limiti ed alle condizioni di esercizio del potere di secondo grado, peraltro destinato ad incidere su un atto la cui natura provvedimento era, fin dall'inizio, tutt'altro che pacifica. L'esigenza avvertita, quindi, non era solo l'articolazione dei controlli in funzione di vigilanza sull'attività edilizia, ma anche la corretta definizione degli obblighi e dei poteri di intervento dell'amministrazione, specificandone contenuti e limiti.

La riforma del 2015 - attraverso la novella agli artt. 19 e 21^{nonies} della legge sul procedimento - è intervenuta in modo rilevante anche sulle modalità e, soprattutto, sui tempi dell'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione, sia nella forma del controllo che in quello dell'intervento inibitorio. Lo scopo delle innovazioni è stato anche garantire maggiore certezza ai progettisti e proprietari in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'intervento segnalato e, pertanto, alla legittimità e conseguente stabilità delle trasformazioni poste in essere sulla base di quel titolo.

La novella ha inciso, in primo luogo, sulle modalità di esercizio dei poteri che l'art. 19 attribuisce all'amministrazione che riceve la segnalazione certificata. In generale, in questo modello è possibile distinguere un primo momento, definibile "controllo-riscontro", caratterizzato dal fatto di essere necessario, puntuale e doveroso²⁴², a cui può seguire un secondo momento di verifica, solo eventuale, definibile "controllo-misura"²⁴³. È su questa fase che hanno inciso sia la legge delega che il decreto delegato, delineando in modo innovativo le prerogative attribuite all'amministrazione attraverso la ritipizzazione e la graduazione delle misure da adottarsi.

Nella prima forma di verifica si rinviene una delle maggiori e forse oggi unica differenza tra la s.c.i.a. ordinaria e quella edilizia. Solo in questo secondo caso, infatti, il

²⁴² Non sarebbe, invece, consentito un mero controllo "a campione", come in alcuni casi disciplinato in alcune legislazioni regionali, né una distinzione tra controllo di regolarità formale, sulla completezza della documentazione, obbligatorio, e controllo sostanziale, relativo al merito dei presupposti per il progetto proposto, facoltativo. Cfr. S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, cit., 141 ss. in questo senso, non sarebbero legittime costituzionalmente le previsioni della legge regionale Emilia-Romagna 30 luglio 2013 n. 15, che prevede, all'art. 14, che "L'amministrazione comunale può definire modalità di svolgimento del controllo a campione qualora le risorse organizzative non consentono di eseguire il controllo sistematico delle S.C.I.A.". Simili previsioni avrebbero un effetto distorsivo sul modello generale la cui disciplina, tra l'altro, attiene pacificamente per la Corte costituzionale ai livelli essenziali delle prestazioni (Corte cost., n. 121 del 9 maggio 2014).

²⁴³ Così E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit.

termine di sessanta giorni ordinariamente previsto per l'esercizio dei poteri di controllo è ridotto a trenta. La disposizione si preoccupa di esplicitare che restano comunque ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 380/2001 e dalle leggi regionali²⁴⁴.

Questa forma di controllo, inoltre, attiva, in caso di riscontrata difformità, una fase caratterizzata dal *favor* verso la prosecuzione dell'attività, da conformarsi alle prescrizioni normative e regolamentari²⁴⁵. Infatti, nel caso in cui a seguito del controllo-riscontro sia emerso un profilo di difformità, l'amministrazione deve, in primo luogo, appurare la possibilità di conformazione dell'attività; se questa possibilità è accertata, la stessa deve adottare un provvedimento che contenga indicazioni specifiche dei correttivi progettuali-realizzativi che il privato deve apportare, fissando un termine non inferiore a trenta giorni. Quindi, l'amministrazione non può limitarsi ad eccepire la riscontrata difformità dal paradigma, dovendo porre in essere una valutazione più complessa, orientata alla possibile salvezza dell'iniziativa. Deve poi esplicitare i risultati di questa valutazione in un elenco di misure effettivamente attuabili e rispettose del principio di proporzionalità, fissando un termine congruo rispetto alla complessità degli interventi da attuare. Solo per il caso di mancata esatta ottemperanza alle misure conformative, l'attività dovrà "intendersi vietata"²⁴⁶.

²⁴⁴ cfr. art. 19, comma *6bis*, legge n. 241/90, a mente del quale "Nei casi di Scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni. Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali".

²⁴⁵ Nel senso per cui la disposizione esprime un netto *favor* verso la conformazione si veda E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit. In senso contrario, M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela della legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, cit., 7, sottolinea, invece, che la nuova formulazione dell'art. 19, comma 3, non affermerebbe in modo chiaro che il potere di correzione debba essere esercitato in modo prioritario rispetto a quello di inibizione, a differenza della precedente formulazione.

²⁴⁶ Cfr. art. 19, comma 3, legge n. 241/90, a mente del quale: "L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata". In merito al termine entro il quale il potere di imporre la conformazione può essere esercitato si veda M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela della legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, cit., 7, che evidenzia la mancata indicazione di un termine espresso e la possibile applicazione del medesimo limite previsto per l'esercizio dei poteri inibitori solo attraverso la lettura coordinata con il successivo comma 4.

La previsione di un termine per l'esercizio del potere di controllo costituisce certamente un elemento di rilievo nella fattispecie descritta dall'art. 19 legge 241/90. Infatti, lo spirare del termine comporta un irrigidimento delle condizioni di eventuale ulteriore esercizio del potere anche in un momento successivo. Il comma 4, espressamente richiamato anche dal comma *6bis* dedicato alla s.c.i.a. nel settore edilizio, fa salva la possibilità di intervento oltre il termine di trenta giorni, prevedendo che tutti i poteri conformativi, inibitori e repressivi siano in quel caso esercitabili alle condizioni prescritte per l'annullamento in autotutela *ex art. 21nonies*. Si tratterebbe, secondo il dettato della norma, della possibilità di esercitare i medesimi poteri di controllo, ma "in" autotutela²⁴⁷.

Sul punto, giova ricordare che la giurisprudenza costituzionale ha in passato sottolineato come debba ritenersi irrinunciabile una possibilità di intervento anche a posteriori da parte dell'amministrazione, secondo il modello generale dell'autotutela. È stato, infatti, evidenziato come il rilevante interesse costituzionale al controllo pubblico, a garanzia di un armonico sviluppo del territorio che ne preservi l'integrità, "non potrebbe [...] essere completamente posposto alle pur rilevanti finalità di semplificazione e accelerazione valorizzate mediante la SCIA (sentenza n. 151 del 1986) se il legislatore non si fosse nel contempo premunito di assicurare un rimedio che, per i casi di più grave sacrificio del bene pubblico, possa consentire di superare l'affidamento ingenerato dalla SCIA stessa". Anzi, l'attribuzione all'autorità amministrativa del potere di incidere in autotutela sugli effetti della s.c.i.a., anche dopo lo spirare del termine breve di controllo iniziale, costituisce, secondo i giudici costituzionali, "corollario" delle politiche volte alla semplificazione normativa e allo snellimento delle procedure amministrative. Il fondamento di detto potere si rinviene anche nel principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.* e "viene a compensare, a vantaggio del pur persistente interesse pubblico, il potenziale pregiudizio insito nella contrazione dei modi e dei tempi dell'attività amministrativa. Difatti, sarebbe irragionevole trascurare che, per quanto efficacemente organizzata, non sempre la pubblica amministrazione può disporre di mezzi tali da consentirle di controllare tempestivamente l'intreccio delle numerose e varie iniziative private soggette a controllo"²⁴⁸.

È la ricostruzione della Corte Costituzionale del controllo sulle attività soggette alla segnalazione ad essere incentrata sulla caratterizzazione dello stesso secondo una struttura bifasica: ad una prima fase di controllo "ordinario", da espletarsi entro trenta

²⁴⁷ Così E. BOSCOLO, *SCIA e poteri in autotutela*, in *Urbanistica e app.*, 2012, 10, 1007.

²⁴⁸ Cfr. Corte Cost., 188/2012; di recente, nello stesso senso, Corte Cost. 49/2016.

giorni, fa seguito una seconda, eventuale, nelle forme dell'autotutela, nella quale, diversamente dalla prima, l'affidamento del privato ha un peso maggiore. Questa struttura plurifasica sarebbe, secondo la giurisprudenza costituzionale, un tratto fondamentale della disciplina dei titoli edilizi. Il controllo, quindi, nel primo momento è rigorosamente vincolato, dovendosi esplicitare nel giudizio di conformità dell'attività, ed è previamente tipizzato nella varietà delle misure impiegabili; successivamente potrà comunque essere esercitato, ma solamente nella forma dell'autotutela, quindi verificando la ricorrenza delle condizioni che ne legittimano l'impiego, a partire dalla ponderazione degli interessi pubblici ulteriori rispetto all'esigenza di ripristino della legalità, effettuando un bilanciamento tra posizioni coinvolte e avendo come riferimento anche l'elemento temporale. Questo è vero ancor di più dopo la novella del 2015 dell'art. 21*nonies*, che ha individuato come "termine ragionevole" per l'esercizio dell'autotutela quello di diciotto mesi, trascorso il quale l'attività non è più contestabile in via amministrativa²⁴⁹.

Conformemente al combinato disposto tra gli art. 19, comma 4, e 21*nonies*, comma 2*bis*, legge n. 241/90, invece, alcun limite all'autotutela si pone per i casi di "false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato"²⁵⁰.

Sempre in tema di controlli, alcune interpretazioni applicative hanno escluso l'applicazione della disciplina che limita l'esercizio dei poteri inibitori a seguito del decorso del tempo dalla proposizione della segnalazione anche alla s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire *ex art. 23* del testo unico; la soluzione negativa si baserebbe sulla riflessione per la quale, optando per l'applicazione della limitazione dei poteri di intervento pubblico

²⁴⁹ Sulla introduzione del termine ragionevole cfr. M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016, 1, 1, 99-124, che si sofferma sull'ambito di applicazione della nuova previsione, individuandolo in ogni atto ampliativo comunque denominato, e sulla natura del termine di diciotto mesi, da intendersi come decadenziale. Secondo C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 1180 ss, la fissazione di una scadenza temporale all'esercizio valido del potere di annullamento d'ufficio comporta l'impossibilità di continuare a ritenerlo un potere "immanente, ultrattivo e ineusaribile", trattandosi di una categoria di potere del tutto autonoma. La *ratio* del termine, secondo l'Autore, è da individuarsi nel garantire la stabilità degli effetti giuridici dei provvedimenti amministrativi e nello scongiurare il rischio che la soggezione al potere di riesame *sine die* determini un ostacolo allo sviluppo economico del Paese.

²⁵⁰ Il comma 2*bis*, aggiunto dall'art. 6, comma 1, legge n. 124 del 2015, dispone: "I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445".

anche a questa fattispecie, si rimetterebbe in definitiva al privato la scelta non solo sul tipo di procedimento da impiegare, ma anche la disciplina dei poteri di controllo in capo all'Amministrazione persino per ipotesi di esercizio di attività edilizia per le quali il legislatore ha previsto ordinariamente il rilascio di un titolo espresso, rappresentante il massimo estrinsecarsi dei poteri amministrativi²⁵¹. Tuttavia, non si può non evidenziare come una simile interpretazione non sembri in linea con il dettato normativo, laddove questo espressamente già sottopone tali attività ad un regime di segnalazione certificata differenziata da quella *ex art. 19 legge n. 241/90*; l'art. 23, comma 1, infatti, fissa per il proprietario un termine di trenta giorni prima di dare avvio a qualsiasi attività, così contestualmente, invece, imponendo all'amministrazione di esercitare il controllo in quel lasso di tempo, senza che possa occorrere un'eventuale necessità di inibizione della prosecuzione dei lavori o di conformazione. Il comma 6, coerentemente, dispone che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifichi all'interessato l'ordine motivato di non effettuare *ab origine* il previsto intervento. L'esito negativo del controllo, in queste fattispecie, inibisce l'avvio dell'attività con le caratteristiche individuate dal dichiarante; tuttavia, è comunque salva la facoltà di ripresentare una nuova e diversa segnalazione, con le modifiche o le integrazioni necessarie per renderla conforme alla normativa urbanistica e edilizia.

Diversa è, invece, come in precedenza anticipato, la conformazione e la finalità del controllo sulle attività soggette a c.i.l.a.: come ha sottolineato il Consiglio di Stato, infatti, queste sono libere e non soggette ad un controllo sistematico da espletarsi sulla base di procedure formali e tempistiche perentorie, dovendo solo essere conosciute dall'amministrazione, affinché questa possa verificare che l'impatto sul territorio degli interventi sia effettivamente minimo come la *ratio* del regime impone, coerentemente con un disegno di c.d. "semplificazione progressiva"²⁵². Quando la comunicazione è utilizzata

²⁵¹ Ad esempio, ritiene che a questi fini sia irrilevante la distinzione tra s.c.i.a. e super-s.c.i.a. T.A.R. Toscana, Sez. III, 9 giugno 2016, n. 960.

²⁵² Cfr. Cons. St., parere n. 839/2016, cit., par. 5.5.2 Si è espressa in termini analoghi T.A.R. Sicilia, Catania, 16 luglio 2018, n. 1497, secondo cui "il regime della edilizia libera di cui all'art. 6 del D.P.R. 380 del 2001 – e dell'edilizia libera certificata *ex art.6-bis* - diversamente da quello della Scia, non prevede una fase di controllo successivo sistematico (da esperirsi entro un termine perentorio) che – in caso di esito negativo - si chiude con un provvedimento di carattere inibitorio; [...] la CILA, insomma, deve essere "soltanto" conosciuta dall'amministrazione affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio. Gli interventi che rientrano nella sfera di "libertà" definita dalla predetta norma non sono, infatti, soggetti ad alcun titolo edilizio tacito o espresso: in relazione agli stessi, pertanto, l'amministrazione dispone di un unico potere che è quello sanzionatorio (in caso di CILA mancante, incompleta o irregolare, ovvero di lavori eseguiti in difformità, ma pur sempre eseguibili con CILA)".

al di fuori della fattispecie legale, per la realizzazione di opere che richiedano il permesso di costruire o la s.c.i.a. o, comunque, in violazione della normativa in materia, l'amministrazione potrebbe esercitare gli ordinari poteri repressivi e sanzionatori dell'abuso, come implicitamente previsto dall'art. 6bis, laddove fa salve "le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia ...".²⁵³ L'eventuale terzo che dovesse ritenersi leso da una c.i.l.a., atto esclusivamente privato, potrà sollecitare il Comune all'esercizio delle verifiche allo stesso spettanti e, per l'ipotesi di inerzia, attivare il procedimento del silenzio.

Le previsioni, in definitiva, confermano quella che sembra essere ad oggi la funzione prevalente dell'amministrazione sull'esercizio dell'attività edilizia, ovvero di verifica, piuttosto che di abilitazione preventiva²⁵⁴, assumendo il ruolo di controllore a posteriori²⁵⁵. Il momento del controllo, soprattutto nei moduli basati sulla comunicazione preventiva del privato, è quello che probabilmente spiega meglio di altri la diffidenza che negli anni è stata nutrita soprattutto verso l'impiego dell'istituto della s.c.i.a., in particolare modo in ambito edilizio. Da un lato, il privato ha il non semplice ruolo di controllore di sé stesso; dall'altro, l'amministrazione ha il compito di intervenire esclusivamente attraverso il controllo, adempiendo in questo modo ai propri doveri di protezione e garanzia degli interessi pubblici coinvolti.

Il nodo centrale sta proprio nell'individuazione del ruolo dell'autorità nella fattispecie della s.c.i.a., strettamente connesso alla doverosità del potere di controllo. Come è stato osservato dalla scienza giuridica, la permanenza dell'amministrazione nella

²⁵³ Cfr. Consiglio di Stato, Comm. Special, n. 1784, del 4 agosto 2016.

²⁵⁴ Sulla qualificazione del ruolo dell'attività della p.a. sull'esercizio dell'edilizia si veda A. BARTOLINI, *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *www.giustamm.it*, 2010. il quale mette in evidenza come si stia sostituendo al regime autorizzatorio un altro regime che comporta comunque l'esercizio di un'attività amministrativa. Tra gli interpreti che in dottrina si sono occupati del tema fin dagli anni '90 si veda G. MORBIDELLI, *Modelli di semplificazione amministrativa nell'urbanistica, nell'edilizia, nei lavori pubblici, (ovvero della strada verso una sostenibile leggerezza delle semplificazioni)* in *Riv. giur. urbanistica*, 1998, 292.

²⁵⁵ In questi termini cfr. G.F. NICODEMO, *Tutela del terzo in edilizia - scia edilizia: i poteri di verifica della p.a. possono essere sollecitati in ogni tempo?*, in *Giur. It.*, 2015, 11, 2478, che evidenzia come anche nella manualistica la disciplina dei titoli autorizzativi sia rubricata come "controllo dell'attività edilizia del privato". Cfr. *ex multis*, P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico*, cit., 339 ss; P.S. RICHTER, *Diritto Urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2012, 99 ss.; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, II ed., Padova, Cedam, 2012, 167 ss.; G.C. MENGOLI, *Manuale di Diritto Urbanistico*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2009, 891 ss. Sulla crisi del concetto di autorizzazione su cui la dottrina si è concentrata sin dalla fine degli anni '50 si veda in particolare A.M. SANDULLI, *Abilitazioni, autorizzazioni e licenze*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1958.

fattispecie è imposta dalla Carta Costituzionale²⁵⁶, secondo quanto stabilito dall'art. 41 in merito alla libertà di iniziativa economica ed alla necessità che non si svolga in contrasto con l'utilità sociale, consentendo alla legge di regolarla in modo tale da indirizzarla a fini sociali²⁵⁷ e, quindi, giustificando la permanenza del potere autoritativo con la circostanza che l'attività del privato non sia indifferente agli interessi pubblici²⁵⁸.

Non può comunque non sottolinearsi che, come evidenziato, il fatto che sia necessario per il privato avere un “contatto preventivo” con l'amministrazione non risponde sempre alle stesse finalità, non avendo la comunicazione preventiva sempre l'effetto di mettere in discussione la piena libertà di accesso a quello specifico mercato; tuttavia, essa rimarca la concezione della supervisione pubblica in chiave in un certo senso garantistica²⁵⁹. Il controllo si pone in una fattispecie in cui l'intervento pubblico è collocato solo *ex post*, come strumento di attuazione del dovere che comunque incombe sull'amministrazione²⁶⁰. Ed in effetti, a ben vedere, non potrebbe ritenersi che il potere di controllo non debba essere necessariamente esercitato: infatti, da un lato, in caso contrario, il potere diverrebbe *tamquam non esset*, svuotandosi di significato e di utilità pratica,

²⁵⁶ In questo senso S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, cit., 143. Sull'argomento si veda F. LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in *Dir. lav. mer.*, 2011, 445 ss

²⁵⁷ Cfr. art. 41 Cost.: “L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”

²⁵⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, 181. Sulla portata generale dell'art. 41 Cost., E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 260 ss; in precedenza, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, 50 ss.

²⁵⁹ In questo senso F. LIGUORI, *L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*, in F. LIGUORI, C. ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 29, dove si legge che “La previsione di un contratto preventivo, quando prevista, non ha peraltro sempre lo stesso valore: in alcune ipotesi non è tale da porre in discussione la piena libertà di accesso, poiché si tratta di soddisfare un mero bisogno informativo senza che sia necessario l'avvio del procedimento volto al controllo della libertà di impresa: ed infatti le conseguenze della mancata comunicazione non incidono sulla legittimità dell'attività ma producono una semplice infrazione amministrativa, non essendo prevista la doverosa attivazione di un puntuale procedimento di controllo né comunque un potere inibitorio esercitabile dall'amministrazione”. Sul punto anche E. BOSCOLO, *Commento all'art. 6*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, Giuffrè, 2015.

²⁶⁰ Sul tema della doverosità della funzione e sull'esistenza di un principio di doverosità che prescinde dall'atto finale e che guarda al modo di essere dell'amministrazione e del potere pubblico, restituendo centralità al dovere di agire per l'esercizio del potere e il potere diventa strumento di attuazione del dovere si veda S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, cit., 144. L'Autrice rimarca comunque la necessità di tenere fermi i principi di non aggravamento e di non duplicabilità delle valutazioni “sostanzialmente già effettuate dalla pubblica amministrazione”, come affermato dalla Corte cost., sentenza n. 1° ottobre 2003 n. 303.

dall'altro, la necessità del controllo nasce dalla circostanza che in alcune ipotesi di s.c.i.a. potrebbe non essere individuabile o non esistere il titolare di una posizione di controinteresse che, in caso di inerzia dell'amministrazione, possa far valere l'illegittimità della condotta omissiva.

Per questo è possibile ipotizzare che il controllo, quantomeno quello di conformità iniziale, facendo da mediazione tra libertà privata e tutela degli interessi pubblici coinvolti, dovrebbe essere puntuale, dovendo essere sottoposta a verifica ogni segnalazione o denuncia che venga presentata, a differenza di quanto, come vedremo, è previsto, in modo espresso, per il sistema delineato dal d.P.R. 445/2000 in relazione alle dichiarazioni sostitutive, per le quali la possibilità di un mero controllo a campione è espressamente consentita – ma non imposta - dal legislatore.

In quanto espressione del ruolo di “garante” che l'amministrazione è chiamata a ricoprire, inoltre, il controllo dovrebbe essere procedimentalizzato, permettendo ai privati, soprattutto ai terzi, di prendere parte a questo momento di verifica rappresentando all'amministrazione ogni possibile ulteriore elemento istruttorio²⁶¹. In merito, invece, alla necessità che l'amministrazione fornisca un riscontro sulla conclusione e sull'esito dell'attività di controllo esercitata, le posizioni della scienza giuridica sono oscillate tra coloro che, partendo dal presupposto dell'applicabilità dell'articolo 2 legge n. 241 del 1990 anche alle ipotesi di s.c.i.a., sostengono che la conclusione della fase di controllo debba essere formalizzata in un atto, anche se privo di natura provvedimento²⁶², e coloro che, invece, hanno giudicato necessaria la forma scritta solo in caso di esito negativo, quando

²⁶¹ Sul punto cfr. G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della l. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, cit., 420 ss., e V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 55 ss. Si segnala l'interpretazione di chi ha ritenuto la procedimentalizzazione necessaria solo nel caso in cui il controllo avesse condotto all'esercizio di poteri interdittivi in relazione all'attività oggetto di segnalazione/denuncia. In questo senso M.P. Chiti, *Atti di consenso*, cit., secondo il quale la verifica positiva darebbe luogo ad un atto meramente interno, mentre il riscontro negativo imporrebbe all'amministrazione di adottare un provvedimento che “è espressione di un ulteriore e distinto procedimento che inizia dopo la verifica negativa ed in cui devono essere osservati i principi generali posti dalla l. n. 241/1990, ed in particolare l'obbligo di informazione all'interessato e le regole sul contraddittorio”. Sulla partecipazione al procedimento di verifica e sulle problematiche che questa può sollevare, soprattutto in relazione ai terzi ed alla comunicazione di avvio nei loro confronti, si veda S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, cit., 144-145. L'Autrice sottolinea anche l'utilità di una partecipazione del terzo anticipata fin dalla presentazione della s.c.i.a., considerando che, accanto all'apporto istruttorio, questa può evitare un'esposizione *sine die* dell'attività intrapresa alle iniziative giurisdizionali volte a rilevare le presunte omissioni nel controllo dell'amministrazione e le violazioni nel segnalare l'attività intrapresa del privato.

²⁶² Così E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, cit., 145.

cioè il controllo deve inibire la prosecuzione dell'attività²⁶³. Naturalmente la procedimentalizzazione è imposta dall'ordinamento nel caso in cui il controllo sia successivo al termine di trenta giorni e venga disposto nelle forme ed alle condizioni per l'esercizio dell'autotutela *ex art. 21nonies* legge n. 241/90²⁶⁴.

Resta aperto, invece, il problema relativo alla possibilità di ulteriore intervento inibitorio o repressivo per il caso di contestazione su iniziativa di un terzo che si ritenga leso, per il quale è espressamente prevista la possibilità di sollecitare l'esercizio del controllo e, in caso di inerzia, esperire l'azione avverso il silenzio²⁶⁵. La tutela delle posizioni dei controinteressati costituisce, a ben vedere, un fattore di incertezza nel concreto operare del meccanismo della s.c.i.a., oltre che uno dei nodi centrali del dibattito giuridico in tema di liberalizzazione²⁶⁶, e lo è in particolar modo nel campo edilizio e delle trasformazioni del territorio. In questo ambito, come è stato osservato, non ogni tipo di intervento sottoposto ad un regime basato sulla comunicazione del privato è in grado di rappresentare un potenziale pregiudizio o comunque di incidere, in generale, sulle posizioni dei terzi; questo dovrebbe, pertanto, portare alla predisposizione di forme di partecipazione

²⁶³ Così A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993. Questo orientamento sarebbe, inoltre, conforme alle indicazioni espresse dal Consiglio di Stato (cfr. Ad. Gen., parere 27 del 6 febbraio 1992, in *Foro it.*, 1992, III, 200).

²⁶⁴ Si veda, *ex multis*, T.A.R. Veneto, Sez. III, 10 settembre 2015, n. 958, in *Foro amm.*, 2015, 9, 2339, secondo il quale “Decorso il termine di trenta giorni per l'esercizio del potere inibitorio rispetto alla d.i.a./s.c.i.a, la p.a. conserva il potere di controllo sulla sussistenza dei presupposti per la d.i.a./s.c.i.a e il conseguente potere inibitorio e sanzionatorio, ma deve farlo con le forme dell'autotutela, vale a dire previo avviso di avvio del procedimento e previa valutazione comparativa dell'interesse pubblico e di quello privato”

²⁶⁵ L'art.19, comma 6ter, dopo aver esplicitato che “la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili”, specifica che “gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”. La previsione rappresenta il superamento della precedente soluzione che l'Adunanza Plenaria nel 2011 aveva adottato, rinvenendo nel silenzio dell'Amministrazione a seguito della presentata dia l'esistenza di un “provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio” (cfr. *Cons. Stato, Ad. Plen.*, 29 luglio 2011, n. 15). Il terzo poteva esperire innanzi al giudice amministrativo un'azione di accertamento volta ad ottenere una pronuncia di verifica della insussistenza dei requisiti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della dia; nel caso in cui il terzo poi si fosse ritenuto leso dall'attività iniziata e dal mancato esercizio del potere inibitorio avrebbe potuto esperire l'azione di annullamento *ex art. 29 c.p.a.*

²⁶⁶ Si vedano, *ex multis*, F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2014; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193 ss. A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 15 ss.; più di recente, S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, cit., 146-147.

al procedimento di controllo più puntuali, attraverso una attività informativa tempestiva e la conseguente possibilità di sollecitarne l'espletamento²⁶⁷.

L'attuale formulazione dell'art. 19, comma 6^{ter}, non contiene alcun riferimento al termine entro cui il privato possa stimolare l'attività di verifica. L'incertezza non è di poco conto se si pensa che, da un lato, l'opzione per la sottoposizione di questo intervento allo stesso limite del "primo" controllo amministrativo non può ritenersi pienamente soddisfacente per il terzo, che potrebbe non venire a conoscenza per tempo dell'avvio dell'attività, e, dall'altro, la scelta per la possibilità di sollecitazione dell'amministrazione senza limiti temporali, retto dalla mera giustificazione della tardiva conoscenza, potrebbe annullare gli effetti di velocizzazione e semplificazione tipici della s.c.i.a., ma anche frustrare l'affidamento serbato dal privato che esercita l'attività edilizia²⁶⁸.

²⁶⁷ In questo senso S. TUCCILLO, *op. ult. cit.*, che, oltre a suggerire di distinguere tra interventi in grado di produrre effetti sulla sfera giuridica dei terzi ed interventi, al contrario, inidonei, propone di graduare le forme di tutela, in applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, in modo da evitare condotte opportunistiche ed ostruzionistiche. A tal fine, l'Autrice richiama l'esperienza britannica, nella quale il sistema del *planning permission* impone all'istante di notificare dell'intervento tutti i soggetti che potrebbero potenzialmente averne un danno. Allo stesso modo, utili sembrano essere alcune esperienze regionali, che impongono idonee forme di pubblicità alla s.c.i.a.

²⁶⁸ Sul punto si veda, *ex multis*, M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche. Le novità in tema di SCIA, Silenzio assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 17, che, prendendo atto della formulazione normativa e della effettiva consumazione del potere-dovere di "prima" reazione all'illegittimo utilizzo della s.c.i.a., individua per il privato il medesimo termine; allo stesso tempo, però, l'ingiustizia della soluzione, renderebbe auspicabile, secondo l'Autrice, un nuovo intervento legislativo sul punto, che riveda proprio il sistema di tutela del terzo. L'auspicio di un nuovo intervento chiarificatore del legislatore è condiviso anche da M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 2015, 20, 16. Invece, E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit., ritiene che il controllo ed i conseguenti poteri repressivi non siano più esperibili dopo i diciotto mesi per l'autotutela neanche su sollecitazione di un terzo che si ritenga leso. Sulle varie tesi che si fronteggiano in relazione al limite temporale entro cui il terzo può sollecitare l'esercizio dei poteri inibitori e repressivi da parte dell'amministrazione cfr. A. DAPAS e L. VIOLA, *Ancora su s.c.i.a. e tutela del terzo*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 4, 528. Ad esempio, T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 01 luglio 2015, n. 1114, ha ritenuto che il terzo titolare di un interesse qualificato che si ritenesse danneggiato da una s.c.i.a. (o, in precedenza, anche d.i.a.) abbia la possibilità di sollecitare in qualsiasi momento le verifiche di competenza della Amministrazione comunale e di agire avverso l'eventuale silenzio mantenuto sulle sue richieste; questo potere non sarebbe funzionale solo agli interessi del terzo medesimo, ma anche all'interesse pubblicistico a che ogni nuova attività sia intrapresa nel rispetto della normativa vigente. La sentenza è stata successivamente annullata da Cons. Stato, Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610. Significativamente il T.A.R. Toscana, Sez. III, ord. n. 11 maggio 2017 n. 667, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità relativa al contrasto dell'art. 19, comma 6^{ter}, l. 241 del 1990, per violazione degli artt. 3, 11, 97, 117 comma 1 Cost., in quanto la possibilità di avanzare l'istanza di sollecitazione *sine die* è in grado di violare l'affidamento di chi intraprende legittimamente un'attività economica, confliggendo una tale situazione con il buon andamento della P.A. e con il principio di ragionevolezza e tutela dei livelli essenziali delle prestazioni. Questo deriverebbe dalla possibilità senza limiti per il terzo di contestare l'attività segnalata, circostanza che porterebbe alla vanificazione dell'intento semplificatorio, atteso che difetterebbe una

La questione si ricollega al dibattito che era sorto in merito alla natura perentoria o ordinatoria per l'esercizio del controllo-riscontro, che già prima dell'attuale formulazione dell'art. 19 aveva comunque condotto ad individuare nel decorso del termine di trenta giorni una vera e propria decadenza²⁶⁹.

Probabilmente proprio per assicurare che il controllo venga effettuato e che l'amministrazione non incorra nella decadenza prevista dall'art. 19, il legislatore della riforma ha ritenuto opportuno rimarcare l'importanza dell'esercizio in concreto dei poteri di verifica sulle attività avviate sulla base delle dichiarazioni rese da parte dell'interessato; questo è stato fatto, in particolare, attraverso la nuova disposizione dell'art. 21 legge n. 241/90, che al comma *2ter*, prevede una specifica responsabilità in capo al dipendente dell'amministrazione competente il quale, a causa della propria omissione nell'esercizio della funzione di controllo sulla segnalazione certificata ovvero nell'esercizio dei controlli in sede autorizzatoria, non abbia impedito che attività carenti dei requisiti sostanziali abbiano avuto inizio, diventando, perciò, reprimibili con maggiore difficoltà²⁷⁰.

È evidente l'intento di deterrente che la nuova disposizione ha voluto introdurre nei confronti degli agenti amministrativi, analogamente a quanto disposto per altri istituti di semplificazione come la conferenza di servizi ed i pareri e, più in generale, in relazione al rispetto del tempo del procedimento: il legislatore, mentre ha ampliato il livello di protezione dell'affidamento incolpevole del privato, allo stesso tempo ha innalzato sia il livello di responsabilizzazione del segnalante attraverso le previsioni sanzionatorie a tutela della veridicità delle dichiarazioni prodotte da tali soggetti e contemporaneamente ha

regolamentazione definitiva degli interessi contrapposti. Il T.A.R., inoltre, ha ravvisato la possibile sperequazione territoriale, considerando che l'omissione dai livelli essenziali di tutela del termine per sollecitare i poteri pubblici pregiudicherebbe altresì l'uniformità normativa, in quanto sarebbero riscontrabili discipline territoriali disomogenee.

²⁶⁹ Sul punto, *ex multis*, cfr. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, 110 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit. 206 ss. Di recente la giurisprudenza ha confermato l'impossibilità di superare il termine legislativamente fissato richiamando i principi enunciati dalla Corte Costituzionale in base ai quali il bilanciamento tra "L'interesse costituzionale al controllo pubblico volto a preservare l'armonico sviluppo e l'integrità del territorio" e "l'affidamento ingenerato dalla S.C.I.A. stessa" è stato perseguito sia attraverso la previsione del termine perentorio per la verifica della conformità urbanistica della s.c.i.a. edilizia, decorso il quale gli interventi conformi alla segnalazione certificata non sono più sanzionabili, sia prevedendo per la p.a. rimedi che consentano, nei "casi di più grave sacrificio del bene pubblico", di "compensare il potenziale pregiudizio insito nella contrazione dei modi e dei tempi dell'attività amministrativa". Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. III, 25 marzo 2015, n. 469, e T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 20 luglio 2015, n. 554, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷⁰ Cfr. art. 21, comma *2ter* legge n. 241/90: "La decorrenza del termine previsto dall'articolo 19, comma 3, e la formazione del silenzio assenso ai sensi dell'articolo 20 non escludono la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificata o l'istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti." Il comma è stato aggiunto dall'art. 3, comma 1, lettera e), D. Lgs. n. 126 del 2016.

cercato di accrescere l'attenzione dell'amministrazione sulla doverosità e, soprattutto, tempestività dell'esercizio delle funzioni di controllo²⁷¹.

3. Le conseguenze delle false dichiarazioni

Il sistema basato sulle comunicazioni e sulle dichiarazioni del privato, che prevede un controllo a posteriori da parte delle amministrazioni, non può non essere caratterizzato anche da una specifica articolazione delle reazioni che il soggetto pubblico può assumere in caso di esito negativo delle verifiche. Naturalmente questo esito negativo può ricorrere sia in quanto l'attività effettivamente posta in essere non sia conforme al parametro normativo sia in quanto ci si avveda della falsità di quanto rappresentato dall'interessato nella dichiarazione iniziale su cui l'avvio dell'intervento è basato.

In linea generale, è previsto che, oltre ad essere responsabili delle funzioni di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale che accertino l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, provvedano alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi²⁷². Per i casi di costruzioni realizzate in aree soggette ad una particolare tutela, tra l'altro, il potere di intervento è esteso anche ad altri soggetti pubblici a cui è deputato il compito di tutelare quel particolare interesse coinvolto²⁷³.

²⁷¹ Spunti critici su questo approccio si rinvergono in S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, cit., 146, che porta l'esempio di altri ordinamenti, nei quali le soluzioni adottate puntano su logiche premiali per stimolare condotte virtuose da parte degli apparati burocratici. L'Autrice sottolinea anche il rischio che il moltiplicarsi di ipotesi di responsabilità possa condurre ad un attenuarsi della "responsabilizzazione" per il pubblico dipendente, anche se dà al contempo atto che in un contesto in cui le risorse sono così limitate non risulta semplice puntare su strumenti di incentivazione e logiche premiali. A proposito della responsabilizzazione dei dipendenti si veda S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, 53 ss.

²⁷² Cfr. art. 27, comma 1, d.P.R. 380/2001.

²⁷³ Cfr. art. 27, comma 2, d.P.R. 380/2001, a mente del quale "Qualora si tratti di aree assoggettate alla tutela di cui al R.D. 30 dicembre 1923, n. 3267, o appartenenti ai beni disciplinati dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766, nonché delle aree di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (ora D. Lgs. n. 42 del 2004 - n.d.r.) il dirigente provvede alla demolizione ed al ripristino dello stato dei luoghi, previa comunicazione alle amministrazioni competenti le quali possono eventualmente intervenire, ai fini della demolizione, anche di propria iniziativa. Per le opere abusivamente realizzate su immobili dichiarati monumento nazionale con provvedimenti aventi forza di legge o dichiarati di interesse particolarmente importante ai sensi degli articoli 6 e 7 del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (ora articoli 13 e 14 del D. Lgs. n. 42 del 2004 - n.d.r.) o su beni di interesse archeologico, nonché per le opere abusivamente realizzate su immobili soggetti a vincolo o di

La constatazione della difformità tra l'attività posta in essere e le prescrizioni della disciplina urbanistico-edilizia fa sì che l'amministrazione, in primo luogo, ordini l'immediata sospensione dei lavori, che deve essere seguita dai provvedimenti definitivi entro quarantacinque giorni, potendo eventualmente procedere anche al sequestro del cantiere sulla base di un'ordinanza del sindaco²⁷⁴.

Sempre in linea generale, il testo unico si premura di specificare su chi incombe la responsabilità della conformità delle opere alla normativa urbanistica ed alle previsioni di piano, stabilendo che questa ricada sia sul titolare del permesso di costruire sia sul committente e sul costruttore. Questi, inoltre, sono responsabili unitamente al direttore dei lavori della conformità alle prescrizioni del permesso di costruire.²⁷⁵

Esula dall'oggetto del presente studio analizzare tutte le fattispecie di abuso edilizio che il testo unico disciplina²⁷⁶ e per le quali sono previsti specifici interventi sanzionatori e repressivi, con i correlativi obblighi demolitori²⁷⁷ o, in alcune ipotesi, possibilità di sanatoria. Si pensi, ad esempio, ai casi di opera realizzata in assenza di permesso, oppure di costruzione in difformità totale o parziale rispetto al titolo²⁷⁸ ed al

inedificabilità assoluta in applicazione delle disposizioni del Titolo II del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (ora Parte terza del D. Lgs. n. 42 del 2004 - n.d.r.), il Soprintendente, su richiesta della regione, del comune o delle altre autorità preposte alla tutela, ovvero decorso il termine di 180 giorni dall'accertamento dell'illecito, procede alla demolizione, anche avvalendosi delle modalità operative di cui ai commi 55 e 56 dell'articolo 2 della legge 23 dicembre 1996, n. 662".

²⁷⁴ Cfr. art. 17, comma 3, n. d.P.R. 380/2001. A mente del successivo comma, inoltre, l'amministrazione comunale può essere stimolata nell'esercizio delle funzioni di vigilanza anche dalla polizia giudiziaria, a cui non sia stato debitamente esibito il titolo di legittimazione o che nutrano dubbi circa la conformità al quadro normativo di riferimento dell'intervento posto in essere.

²⁷⁵ Cfr. art. 29, comma 1, d.P.R. n. 380/2001, che impone anche ai medesimi soggetti il pagamento delle sanzioni pecuniarie e solidalmente alle spese per l'esecuzione in danno, in caso di demolizione delle opere abusivamente realizzate, salvo che dimostrino di non essere responsabili dell'abuso. Il direttore dei lavori può essere esente da qualsiasi forma di responsabilità solo se abbia contestato le violazioni del titolo, dandone notizia all'amministrazione e rinunciando all'incarico; in caso contrario viene segnalato al consiglio dell'ordine professionale di appartenenza.

²⁷⁶ Una ricognizione di diversi regimi sanzionatori contenuti del testo unico sull'edilizia è stata da ultimo effettuata da Cons. St., sez. VI, sentenza 30 marzo 2017, n. 1484, che ha tentato di mettere ordine nel complesso delle norme rilevanti, individuando tre fattispecie principali a cui si applica la disciplina sanzionatoria: l'ipotesi di interventi in assenza o totale difformità dal permesso; quella di variazioni essenziali dal titolo edilizio; infine, il caso della difformità parziale da esso.

²⁷⁷ In merito alla demolizione degli immobili abusivi, si segnala che il legislatore sta cercando da tempo di introdurre una disciplina organica di queste procedure. È, infatti, all'esame del Parlamento il disegno di legge oggi denominato "Disposizioni in materia di criteri di priorità per l'esecuzione di procedure di demolizioni di manufatti abusivi" che, dopo un *iter* travagliato di approvazioni e modifiche tra Camera e Senato fin dal 2014, dopo essere stato trasmesso all'Assemblea dalla competente Commissione della Camera, è qui stato rinviato il 17 ottobre 2017 ed è rimasto fermo (cfr. Atto Camera n. 1994-B).

²⁷⁸ Si vedano gli artt. 31-35 del d.P.R. n. 380/2001, che disciplinano le sanzioni per ciascuna fattispecie relativa alla carenza o difformità rispetto al permesso di costruire, ivi comprese le ipotesi di difformità rispetto alla s.c.i.a. in alternativa al permesso ex art. 23.

possibile accertamento di conformità con rilascio di permesso in sanatoria²⁷⁹. Allo stesso modo, regole specifiche sono dettate per il caso di interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività²⁸⁰.

Soffermando l'esame sull'oggetto della nostra analisi, cioè su come sia delineata la responsabilità del privato nei procedimenti in "autocertificazione", dove il controllo sulla ricorrenza delle condizioni e dei presupposti è rimandato ad un momento successivo e l'attestazione circa la loro ricorrenza è demandata in prima battuta solo al privato, si possono prendere le mosse innanzitutto dalle previsioni del testo unico in relazione a quei modelli basati sulle dichiarazioni come la s.c.i.a. e la c.i.l.a., per constatare che, in effetti, le disposizioni che disciplinano la reazione dell'ordinamento alle ipotesi di mendacio non sono relegate a queste forme procedurali. Ad esempio, l'art. 20, dedicato al permesso di costruire, fattispecie legittimante nella quale maggiormente l'amministrazione esercita i suoi poteri in una fase anticipata, disciplina anche l'ipotesi di false dichiarazioni presentate in ordine all'ottenimento del titolo; ecco quindi che, in relazione alla domanda presentata allo sportello unico, che deve essere accompagnata da una dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici, ai regolamenti edilizi ed alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia²⁸¹, si prevede che, salvo il caso in cui il fatto costituisca più grave reato, le falsità nell'attestazione circa l'esistenza dei requisiti o dei presupposti sottopongono l'autore delle stesse al rischio della reclusione da uno a tre anni. L'assunzione di responsabilità, in questi casi, è soprattutto del progettista, se si pensa che il responsabile del procedimento è tenuto ad informare il competente ordine professionale per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari²⁸². In modo simile, l'art. 23 stabilisce che per le ipotesi in cui il privato ricorra alla s.c.i.a. in luogo del permesso di costruire, qualora nel termine di trenta giorni nel quale

²⁷⁹ Cfr. art. 36 d.P.R. n. 380/2001.

²⁸⁰ Cfr. art. 37 d.P.R. n. 380/2001.

²⁸¹ Cfr. art. 20, comma 1, d.P.R. 380/2001: "La domanda per il rilascio del permesso di costruire, sottoscritta da uno dei soggetti legittimati ai sensi dell'articolo 11, va presentata allo sportello unico corredata da un'attestazione concernente il titolo di legittimazione, dagli elaborati progettuali richiesti, e quando ne ricorrano i presupposti, dagli altri documenti previsti dalla parte II. La domanda è accompagnata da una dichiarazione del progettista abilitato che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati e adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, alle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie alle norme relative all'efficienza energetica".

²⁸² Cfr. art. 20, comma 13, d.P.R. 380/2001: "Ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni di cui al comma 1, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al medesimo comma è punito con la reclusione da uno a tre anni. In tali casi, il responsabile del procedimento informa il competente ordine professionale per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari".

L'avvio dell'attività è sospeso sia accertata la carenza dei requisiti dichiarati dal progettista, l'amministrazione, oltre a notificare all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento, in caso di falsa attestazione del professionista abilitato ne informi non solo il consiglio dell'ordine di appartenenza, ma anche l'autorità giudiziaria²⁸³. Ipotesi peculiare riferita alla s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire è quella prevista dall'art. 38, che, nel dettare il regime sanzionatorio per l'ipotesi di annullamento del permesso di costruire – meno gravoso rispetto al caso dell'assenza o difformità dal titolo – dispone che le stesse previsioni si applichino agli interventi edilizi eseguiti sulla base della c.d. super-s.c.i.a. “in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo”²⁸⁴; ancora, l'art. 39, che disciplina il particolare potere di annullamento del permesso di costruire da parte della Regione in caso di contrasto con la normativa urbanistico-edilizia nel termine di dieci anni dal rilascio del titolo, ne prevede l'applicabilità anche agli interventi edilizi realizzati con s.c.i.a. alternativa al permesso espresso, non conformi alle prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con il quadro normativo di riferimento²⁸⁵.

²⁸³ Cfr. art. 23, comma 6, d.P.R. 380/2001: “Il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 1 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, 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 [...]”.

²⁸⁴ Cfr. art. 38, comma *2bis*, d.P.R. 380/2001, così modificato dall'art. 3, comma 1, lett. q), D. Lgs. 25 novembre 2016, n. 222. In merito, considerazioni critiche si rinvengono in M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, cit., che ne evidenziava – prima della modifica dell'art. 21 legge n. 241/90 – la parziale non coerenza con quella disposizione, che, invece, sanzionava coloro che avessero dato avvio all'attività ai sensi degli artt. 19 e 20 in assenza dei requisiti richiesti – anche a causa di un erroneo convincimento incolpevole – allo stesso modo di coloro che avessero proceduto in assenso dell'atto autorizzativo o in difformità.

²⁸⁵ Cfr. art. 39, d.P.R. 380/2001, *Annullamento del permesso di costruire da parte della regione*,: “Entro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione. 2. Il provvedimento di annullamento è emesso entro diciotto mesi dall'accertamento delle violazioni di cui al comma 1, ed è preceduto dalla contestazione delle violazioni stesse al titolare del permesso, al proprietario della costruzione, al progettista, e al comune, con l'invito a presentare controdeduzioni entro un termine all'uopo prefissato [...]. 5-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della scadenza del termine di 30 giorni dalla presentazione della segnalazione certificata di inizio attività.” Rilievi critici sulla grave antinomia che è generata nel sistema che, pur avendo individuato un termine specifico per l'esercizio dell'ordinaria autotutela, lascia fermo un potere decennale di annullamento in autotutela in capo alla Regione, esercitabile anche in relazione alla s.c.i.a., sono espressi da M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, cit., 5. Evidenzia le criticità che derivano dal mancato coordinamento tra questa disposizione e l'art. 21 *nonies* legge n. 241/90, per come oggi formulato (quindi, comprensivo del limite dei diciotto mesi per

Come in precedenza evidenziato, in ambito edilizio l'assunzione di responsabilità dei professionisti che assistono il privato è molto rilevante. Significativamente l'art. 29, comma 3, del testo unico espressamente gli attribuisce la qualità di persona esercente un servizio di pubblica necessità ai sensi degli articoli 359²⁸⁶ e 481 del codice penale²⁸⁷; è ugualmente significativo che anche i moduli *standard* adottati in sede di Conferenza unificata ribadiscano espressamente l'assunzione di responsabilità del professionista, richiamando la funzione rivestita e le norme sanzionatorie applicabili.

Dal complesso delle disposizioni del testo unico emerge, quindi, come la relazione asseverata assuma in tale contesto un'importanza fondamentale, rappresentando in concreto l'atto in base al quale avrà luogo l'attività di verifica in ordine alla conformità delle opere agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati, nonché il rispetto delle norme di sicurezza ed igienico-sanitarie. È importante, si è specificato²⁸⁸, che vengano indicati i confini di tale responsabilità, anche in ragione della complessità della disciplina urbanistico-edilizia, caratterizzata spesso da rilevanti contrasti anche giurisprudenziali. Per questo il progettista non dovrebbe essere perseguito per il reato di falsa attestazione per

l'annullamento d'ufficio) anche M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, cit., 111.

²⁸⁶ Art. 359 c.p.: "Agli effetti della legge penale, sono persone che esercitano un servizio di pubblica necessità: 1) i privati che esercitano professioni forensi o sanitarie, o altre professioni il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi; 2) i privati che, non esercitando una pubblica funzione, né prestando un pubblico servizio, adempiono un servizio dichiarato di pubblica necessità mediante un atto della pubblica Amministrazione." In questo senso si esprimeva la giurisprudenza anche precedente al testo unico, secondo la quale "In tema del reato di falsità ideologica in certificato commesso da persona esercente un servizio di pubblica necessità, l'ingegnere e, comunque, il tecnico tenuto a disporre gli atti necessari per il rilascio di una concessione edilizia, devono considerarsi esercenti un servizio di pubblica necessità". Cfr. Cass. Pen., sez. 5, 07 maggio 1986, n. 9821. Più di recente si veda, *ex multis*, Cfr. Cass. Pen., sez. 3, 21 ottobre 2008, n. 1818: "In materia di falso, la relazione d'asseverazione del progettista allegata alla denuncia d'inizio d'attività edilizia (DIA) ha natura di "certificato", sicché risponde del delitto previsto dall'art. 481 cod. pen. il professionista che redige la suddetta relazione di corredo, attestando, contrariamente al vero, la conformità agli strumenti urbanistici." cfr. anche Cass. Pen., Sez. III, 18 giugno 2014 n. 50621, secondo cui le false attestazioni contenute nella relazione di accompagnamento alla dichiarazione di inizio di attività edilizia (d.i.a.) integrano il reato di falsità ideologica in certificati (art. 481 c.p.), in quanto detta relazione ha natura di certificato in ordine alla descrizione dello stato attuale dei luoghi, alla ricognizione degli eventuali vincoli esistenti sull'area o sull'immobile interessati dall'intervento, alla rappresentazione delle opere che si intende realizzare e all'attestazione della loro conformità agli strumenti urbanistici ed al regolamento edilizio.

²⁸⁷ La disposizione punisce la falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità, così disponendo: "Chiunque, nell'esercizio di una professione sanitaria o forense, o di un altro servizio di pubblica necessità, attesta falsamente, in un certificato, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da cinquantuno euro a cinquecentosedici euro. Tali pene si applicano congiuntamente se il fatto è commesso a scopo di lucro."

²⁸⁸ In particolare, G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2003.

errate conclusioni in diritto, anche considerando che, perché possa configurarsi questo reato, occorre accertare il dolo, inteso come coscienza di attestare falsamente qualcosa, pur essendo a conoscenza della diversa realtà. In questo senso, anche la giurisprudenza ha messo in evidenza che, in generale, la responsabilità di chi intraprende l'attività edilizia non può spingersi fino all'asseverazione di conformità del progetto con norme edilizie che presuppongono valutazioni tecnico-discrezionali, cioè soggettive, considerando che i valori tecnico-architettonici del progettista potrebbero non coincidere con la valutazione tecniche effettuate dai tecnici comunali²⁸⁹.

3.2 Segue. Le dichiarazioni non veritiere nella segnalazione certificata di inizio attività

Le dichiarazioni non veritiere hanno ripercussioni rilevanti nel meccanismo paradigmatico della segnalazione certificata di inizio attività per come disciplinato in linea generale dalla legge sul procedimento amministrativo.

In base all'attuale formulazione, secondo l'art. 19 legge n. 241/90 l'intervento dell'amministrazione dovrebbe, in primo luogo, essere volto alla conformazione dell'attività per il caso in cui questa non risulti rispondente ai parametri di riferimento. L'invito alla conformazione dell'attività è, infatti, centrale e per lo più designato come l'oggetto principale dell'intervento amministrativo previsto allo scadere dei trenta giorni. Tale considerazione ha fatto sì che alcuni interpreti ipotizzassero, anche in questa fattispecie, il dovere del soccorso istruttorio, imponendo all'amministrazione un atteggiamento che privilegi l'interesse all'intrapresa e alla prosecuzione dell'attività privata²⁹⁰. Lo stesso *favor* può leggersi anche nella previsione che, nel rimandare all'applicazione dell'art.21*nonies* per giustificare interventi dell'amministrazione successivi al limite temporale del primo controllo doveroso, ne impone il rispetto delle

²⁸⁹ I quali sarebbero portatori di valori soggettivi. “In questo modo l'attività edilizia resterebbe esposta ad un potere repressivo di natura soggettiva/discrezionale esercitabile senza limiti di tempo con riferimento a quelle condizioni di edificabilità che dipendono proprio da valutazioni discrezionali dell'amministrazione” (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, I, 18 ottobre 2007 n. 909).

²⁹⁰ Questo *favor* verso l'avvio dell'attività economica a cui dovrebbe essere improntata la s.c.i.a. si rinviene anche nella giurisprudenza costituzionale che ha affermato che nella fattispecie della s.c.i.a. viene in rilievo “una prestazione specifica, circoscritta all'inizio della fase procedimentale strutturata secondo un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica, tutelando il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della p.a. competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa medesima”. In questi termini Corte Costituzionale, n. 121 del 9 maggio 2014.

condizioni. Tra queste rientra certamente il termine ragionevole espressamente fissato in diciotto mesi, introdotto per contenere temporalmente l'esercizio del potere di autotutela proprio con lo scopo di dare certezza e stabilità agli effetti degli atti amministrativi favorevoli²⁹¹.²⁹² Decorso trenta giorni dalla presentazione della s.c.i.a., infatti, l'amministrazione esercita comunque gli stessi poteri conformativi, inibitori e repressivi "in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21 *nonies*"²⁹³. L'amministrazione potrà, quindi, intervenire solo laddove emergano profili di illegittimità, ricorrano ragioni di interesse pubblico, debitamente bilanciate con quelle degli interessati e dei controinteressati, e nel termine massimo di diciotto mesi, il quale decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente²⁹⁴.

²⁹¹ Mette in luce questa origine garantista M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 5, 634 ss.

²⁹² È utile evidenziare che significativamente la legge n. 241/2015 ha abrogato espressamente il comma 136 dell'art. 1 legge n. 311/2004 il quale consentiva l'annullamento senza limiti di tempo di provvedimenti amministrativi illegittimi "al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche", circoscrivendo a tre anni detto potere nel caso di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali. Per un commento su questa eliminazione si vedano M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, cit. e G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa*, in *Urbanistica e app.*, 2018, 1, 45 ss. Giova evidenziare, altresì, che la legge di riforma non ha, però, inciso sulla previsione del potere di annullamento regionale del permesso di costruire disciplinato dall'art. 39 del testo unico.

²⁹³ Cfr. art. 19, comma 4, legge n. 241/90: "Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21 *nonies*". Non è, invece, più previsto, a seguito della riforma del 2015, un potere di intervento ai sensi dell'art. 21 *quinquies*. La scomparsa del riferimento esplicito al potere di revoca non è stata esente da critiche per i dubbi applicativi che questa potrebbe comportare; si veda, tra gli altri, M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, cit., 10. L'Autore evidenzia anche dubbi sulla caratterizzazione discrezionale o vincolata del potere successivo allo scadere dei trenta giorni, discendenti dall'espressione "adotta comunque", confrontata con la precedente formulazione, che, invece, si limitava a "fare salvo" il potere dell'amministrazione di assumere determinazioni in autotutela. In senso contrario, invece, cfr. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit., 926 ss., i quali constatano che nelle fattispecie autorizzatorie basate sulla s.c.i.a. non c'è spendita di potere, quindi mancherebbe l'oggetto stesso dell'autotutela.

²⁹⁴ Cfr. art. 2, comma 4, D. Lgs. 222/2016: "4. Nei casi del regime amministrativo della Scia, il termine di diciotto mesi di cui all'articolo 21 *nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990, decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente. Resta fermo quanto stabilito dall'articolo 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990". La previsione ha fissato in maniera espressa la decorrenza del termine per l'intervento successivo a quello ordinario nei primi trenta giorni ed ha, così, posto fine ai dubbi interpretativi all'indomani della legge 124/2015, espressi anche dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo (Cons. St., comm. Spec., 30 marzo 2016, n. 839, p. 28). In dottrina si veda M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, cit., 638.

Molte delle limitazioni nei confronti di interventi repressivi ed inibitori, tuttavia, vengono meno in caso di false dichiarazioni. Ecco che, in primo luogo, l'art. 19, comma 3, prevede che con l'atto motivato con il quale l'amministrazione indica le misure da adottare per la conformazione dell'attività, debba ordinare la sospensione dell'iniziativa in presenza di attestazioni non veritiere (oltre che di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale)²⁹⁵.

Inoltre, la previsione generale dell'art 21, comma 1, legge n. 241/90 dispone che le dichiarazioni mendaci e le false attestazioni – non solo nella fattispecie della s.c.i.a. ma anche del silenzio-assenso - producono come prima conseguenza l'impossibilità di conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o di beneficiare dell'eventuale sanatoria prevista dalle disposizioni disciplinanti gli istituti.

In aggiunta, l'art. 19 dispone che, ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti, è punito con la reclusione da uno a tre anni²⁹⁶. Questa previsione speciale per il caso di segnalazione certificata si affianca al regime generale dettato dall'art. 21, comma 1: in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni, il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'art. 483 c.p.²⁹⁷, che prevede una reclusione non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni. La differente graduazione delle sanzioni penali in fattispecie che

²⁹⁵ È stata, invece, eliminata la previsione per cui, nelle more della conformazione, l'amministrazione dovesse sempre ordinare la sospensione dell'attività. Sulla irragionevolezza e sul contrasto con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa di un obbligo di sospendere un'attività produttiva di reddito anche laddove la conformazione richiedesse un'attività molto semplice cfr. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit., 927.

²⁹⁶ Cfr. art. 19, comma 6, legge n. 241/90. Di fatto questa disposizione sembra introdurre nuovo reato, caratterizzato da un regime edittale più severo ed applicabile anche ai professionisti che abbiano reso false attestazioni. In questi termini E. BOSCOLO, *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e a silenzio assenso*, cit., 986. Sul punto, la scienza giuridica penalistica ha evidenziato che l'art. 21 prevede una fattispecie nuova di falso ideologico, che si riconduce all'art. 483 c.p., ma che da questa previsione si discosta in relazione alla natura del documento su cui la falsificazione incide, cioè atti ontologicamente privati. Inoltre, trattandosi di delitto, è richiesto l'elemento soggettivo del dolo ed è, quindi, necessario verificare se la difformità alla realtà della dichiarazione sia effettivamente il frutto di una scelta consapevole. In questo senso, potrebbe essere utile distinguere tra rappresentazioni di fatti semplici e qualificazioni erronee di fatti complessi o che richiedono un'attività giuridico-ricostruttiva articolata (ad es. la compatibilità di un progetto con le norme di attuazione di un piano urbanistico), posto che in questa seconda ipotesi è più facile che l'operatore cada in errore. Cfr. D. PULITANO', *Art. 21*, in V. ITALIA, M. BASSANI (a cura di), *Procedimento e diritto di accesso agli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1995, II ed.

²⁹⁷ Cfr. art. 483 c.p. "Falsità ideologica commessa da privato in atto pubblico". Il dichiarante infedele, quindi, è ritenuto responsabile del reato di falso ideologico commesso da privato in atto pubblico.

possono sovrapporsi ha portato a domandarsi se non fosse opportuno – in occasione della riforma del 2015 – eliminare il doppio regime sanzionatorio, anche per assicurare una maggiore chiarezza al dettato normativo²⁹⁸. Si può rilevare che, invece, opportunamente il legislatore della riforma ha eliminato l'ulteriore ipotesi sanzionatoria delineata dall'art. 21, comma 2, a mente del quale, fino al 2015, le sanzioni previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicavano anche nei riguardi di coloro i quali avessero dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente²⁹⁹. È stata così espunta una previsione che in modo non ragionevole poneva sullo stesso piano chi avesse agito in modo doloso, dichiarando il falso, e chi avesse intrapreso l'attività nell'erroneo convincimento incolpevole di possedere i requisiti richiesti dalla normativa³⁰⁰.

Inoltre, decorso anche il termine di diciotto mesi per l'intervento ulteriore alle condizioni per l'esercizio dell'autotutela, all'amministrazione residuerebbe ancora uno spazio di intervento proprio per il caso di mendacio. L'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, infatti, dispone che i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. La previsione appare preordinata ad escludere qualsiasi tipo di tutela dell'affidamento del privato nel caso in cui l'ottenimento del titolo sia stato conseguito in modo fraudolento; allo stesso tempo, sembra anche volta a chiarire che l'azione amministrativa è vincolata dall'accertamento della responsabilità penale del privato che abbia presentato false dichiarazioni e non anche dalla pendenza di indagini o da procedimenti non definiti con sentenza di condanna. Lo scopo è, quindi, quello di armonizzare l'interesse alla stabilità delle posizioni giuridiche con quella alla repressione degli illeciti penali e alla rimozione di benefici conseguiti indebitamente³⁰¹.

²⁹⁸ Si veda M. DE BELLIS, *I regimi amministrativi delle attività private (art. 5)*, cit., 148.

²⁹⁹ L'antinomia era stata sottolineata, tra gli altri, da M. A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2015, 14, 3.

³⁰⁰ Sul punto M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso ed effettività dei controlli*, cit.

³⁰¹ In questi termini C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 1185.

Sul punto, tra l'altro, la formulazione normativa non brilla per chiarezza, posto che, il riferimento a "provvedimenti amministrativi" dovrebbe, a rigore, escluderne il rilievo per la fattispecie della s.c.i.a., la cui natura come atto privato e non come provvedimento è confermata dalla disposizione che disciplina i mezzi di tutela a disposizione del terzo, la quale ne esclude la qualificazione di provvedimento tacito direttamente impugnabile³⁰².

A prescindere da questo profilo, balza all'attenzione un evidente difetto di coordinamento tra la previsione dell'art. 21, comma 1, e quella dell'art. 19, comma 4: se la prima dispone che "in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi" e sembra, quindi, condurre l'amministrazione verso un'inibizione doverosa dell'attività senza limiti di tempo, la seconda consente l'esercizio dei poteri conformativi, repressivi e inibitori, una volta scaduti i trenta giorni iniziali, alle condizioni previste dall'art. 21*nonies*, in *primis* il limite temporale di diciotto mesi.

Altra incoerenza si rinviene rispetto allo stesso art. 21*nonies*, comma 2*bis*, che consente – come già evidenziato – di superare il limite del termine ragionevole fissato dal comma 1 in caso di "provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato", i quali "possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445". Dalla lettura combinata di queste previsioni si ricaverebbe che le false dichiarazioni impediscono sempre la conformazione e la sanatoria, imponendo, quindi, l'intervento repressivo senza limiti di tempo espressamente indicati; dall'altro lato, però, l'intervento oltre i termini previsti non solo per il primo controllo ordinario, ma anche per quello successivo ex art. 19, comma 4, sarebbe ipotizzabile secondo l'art. 21*nonies* solo se la falsità è stata accertata con sentenza passata in giudicato³⁰³.

³⁰² Cfr. art. 19, comma 6*ter*: "La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104." La natura non provvedimentale è stata espressamente ribadita dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo "SCIA 1" (cfr. Cons. St., comm. Spec., 30 marzo 2016, n. 839).

³⁰³ I dubbi sono espressi diffusamente da M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, cit., quale mette in luce anche le perplessità che solleva lo stesso art. 21*nonies*, comma 2*bis*, nella parte in cui, dopo aver assoggettato l'intervento in autotutela oltre i diciotto mesi all'accertamento del mendacio con sentenza passata in giudicato, fa salve le sanzioni

In ogni caso, il problema si pone anche perché la potestà di autotutela, anche nel caso di dichiarazioni false, parrebbe restare discrezionale, considerando la dizione letterale dell'art. 21*nonies*, comma 2*bis*, che a ben vedere attribuisce all'amministrazione una facoltà di annullamento ("possono essere annullati") e non un obbligo.

In aggiunta, un'ulteriore incoerenza può essere rilevata tra l'art. 19, comma 3, che consente la conformazione anche nell'ipotesi di attestazioni non veritiere, subordinando tale possibilità al solo obbligo di disposizione della sospensione dell'attività da parte dell'amministrazione³⁰⁴ e lo stesso art. 21, comma 1, nella parte in cui sembra escludere in modo tassativo la conformabilità alla legge in caso di dichiarazioni mendaci.

La non veridicità delle dichiarazioni, inoltre, produce conseguenze sull'intervento amministrativo anche secondo un differente profilo, quantomeno secondo gli approdi giurisprudenziali più recenti in tema di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi³⁰⁵; la giurisprudenza, infatti, ne ha esaminato l'incidenza sul decorso del termine ragionevole e

del testo unico sulla documentazione amministrativa, che, a ben vedere, prevede una "decadenza sanzionatoria" automatica dai benefici conseguiti sulla base di false dichiarazioni, senza prevedere come necessarie le condizioni per l'intervento in autotutela ex art. 21*nonies*: non sarebbe, quindi, necessario dimostrare l'interesse pubblico, non vi sarebbe alcun limite temporale e l'affidamento del privato non sarebbe configurabile, considerato il suo comportamento illecito. È interessante notare che altrove il legislatore, quando ha voluto consentire il superamento del termine di diciotto mesi per procedere all'annullamento in autotutela, lo ha previsto espressamente. Così, ad esempio, l'art. 176 del D. Lgs. 50/2016 dispone che si possa intervenire in autotutela sulle concessioni già aggiudicate, al ricorrere di determinate ipotesi, senza applicare i termini previsti dall'articolo 21*nonies*. Ha posto in luce le incoerenze tra gli artt. 19, 21 e 21*nonies* anche C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 1186 ss.

³⁰⁴ Cfr. art. 19, comma 3, a mente del quale "[...] Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata. Con lo stesso atto motivato, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa".

³⁰⁵ Per una ricostruzione recente del percorso evolutivo che ha interessato l'esercizio dell'annullamento d'ufficio ed il suo concreto operare nell'ambito edilizio si veda A. GUALDANI, *L'annullamento d'ufficio in edilizia tra obbligo di motivazione e affidamento*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2017, 3, 485-503. Più in generale, sull'insufficienza dell'invalidità come giustificazione dell'annullamento d'ufficio e sulle varie declinazioni che al principio vengono date si rinvia a R. VILLALTA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, II ed., 634 ss., dove in particolare si sottolineano le oscillazioni giurisprudenziali che nel tempo hanno caratterizzato la sussistenza dell'interesse pubblico specifico ed attuale all'annullamento anche in ambito edilizio. Sul punto, possono rinvenirsi due principali orientamenti nella giurisprudenza: il primo, secondo cui l'annullamento non richiede di una motivazione espressa che espliciti il pubblico interesse, coincidendo questo con l'interesse della collettività all'ordinato assetto del territorio; il secondo, in base al quale l'annullamento del permesso di costruire necessita di un'espressa motivazione che faccia riferimento all'interesse pubblico concreto. A queste due tesi può aggiungersi una terza, in base a cui sarebbe necessaria una valutazione caso per caso, a seconda della maggiore o minore evidenza della violazione delle prescrizioni urbanistiche.

sull'obbligo motivazionale gravante sull'amministrazione che eserciti il potere di riesame, facendo discendere dal mendacio la giustificazione dell'interesse pubblico all'eliminazione del provvedimento, senza necessità di ulteriori indagini circa l'affidamento e gli altri interessi coinvolti, rinvenendo, quindi, in questi casi ipotesi di annullamento doveroso³⁰⁶. Sul punto si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁰⁷, chiamata a pronunciarsi, tra gli altri temi, anche su come le prospettazioni non veritiere da parte di un privato incidano sulla necessità del rispetto delle condizioni per l'annullamento ex art. 21 *nonies*. In questa occasione, dopo aver dato atto dell'evoluzione che ha interessato i rapporti tra amministrazione e privato verso una maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e tutela dell'affidamento, che deve essere adeguatamente bilanciato con l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata, il Consiglio di Stato ha pure rilevato come la determinazione dell'amministrazione debba

³⁰⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez VI, 19 agosto 2016, n. 3660 e sez. IV, 21 febbraio 2012, n. 4619. Critiche a questa lettura sono state mosse da una parte della scienza giuridica, che ha evidenziato come, piuttosto, le falsità rivelerebbero come elemento negativo di valutazione del legittimo affidamento in vista pur sempre della corretta comparazione degli interessi coinvolti. In questi termini M. A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2015, 14, 14.

³⁰⁷ Cons. St., Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8. Con questa sentenza l'Adunanza Plenaria ha cercato di risolvere il contratto che era sorto in giurisprudenza a proposito della motivazione dell'annullamento dei titoli edilizi: secondo un primo orientamento maggioritario, non sarebbe stata necessaria alcuna motivazione, considerato che in queste ipotesi l'interesse pubblico ad annullare si considera *in re ipsa* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691); secondo un altro indirizzo, invece, anche in ambito edilizio dovrebbero trovare applicazione gli obblighi di ponderazione fra interessi e di motivazione previsti dall'articolo 21 *nonies* della legge n. 241/1990 (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 351; Sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 915). Il Collegio ha aderito al secondo indirizzo, ma ha svolto una serie di affermazioni che limitano la portata di questo approdo, dopo aver avuto la cura di precisare che la vicenda oggetto di causa riguarda *ratione temporis* l'interpretazione dell'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 nel testo precedente alle modifiche apportate dall'art. 6, L. n. 124/2015, il quale ha introdotto la quantificazione espressa (diciotto mesi) del termine ragionevole a cui l'autotutela è subordinata. Questo, però, non significa che i principi posti dalla Plenaria valgano soltanto per le controversie sorte prima del 2015, attenendo, a ben vedere, a profili generali della disciplina dell'annullamento e anche a parti della disposizione rimaste invariate dopo l'intervento riformatore. Secondo la pronuncia, quindi, non è possibile postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione dei titoli edilizi illegittimamente rilasciati. Pertanto, "grava in via di principio sull'amministrazione [...] l'onere di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti". Allo stesso tempo, tuttavia, il Collegio introduce una serie di mitigazioni al principio affermato, in relazione all'annullamento dei titoli edilizi, evidenziando che "la nozione di ragionevolezza del termine è strettamente connessa a quella di esigibilità in capo all'amministrazione, ragione per cui è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione 'ragionevole') decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto". Inoltre, la rilevanza dell'interesse tutelato dalla normativa in ambito edilizio giustifica un'attenuazione dell'obbligo motivazionale, ritenuta compatibile con la tutela del legittimo affidamento. Quest'ultimo, invece, non è meritevole di alcuna protezione in caso di false rappresentazioni da parte del dichiarante.

essere informata al canone di ragionevolezza: questo fa sì che sia del tutto congruo che il termine ragionevole per l'esercizio dell'autotutela, in caso di false rappresentazioni, decorra solo dal momento in cui la stessa sia venuta in concreto a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto³⁰⁸.

A ben vedere, una tale interpretazione sembra addirittura al di là del dato positivo attualmente in vigore, posto che, secondo l'art. 21*nonies*, il *dies a quo* si individuerrebbe dal momento dell'adozione del provvedimento ampliativo della sfera giuridica. La pronuncia non è stata, infatti, esente da rilievi critici, soprattutto da parte di chi si è soffermato, da un lato, sull'affermazione del Collegio secondo cui la motivazione dell'atto di riesame, per i casi di false rappresentazioni, subirebbe un'attenuazione, fino a poter essere integrata da un mero richiamo alle norme violate³⁰⁹, dall'altro, sulla individuazione della decorrenza del "termine ragionevole" dal momento della scoperta della falsità³¹⁰. In ogni caso, la decisione della Plenaria è l'occasione per evidenziare come sia sentita l'esigenza di differenziare i poteri di intervento e le possibili conseguenze che il privato

³⁰⁸ La pronuncia conferma un orientamento già affermato in precedenza, che fa decorrere il termine ragionevole, anche dopo la riforma del 2015, dalla scoperta delle false rappresentazioni da parte dell'amministrazione. In questo senso T.A.R. LAZIO, Roma, sez. II, 7 marzo 2017, n. 3215; T.A.R. LAZIO, Roma, sez. II *Ter*, 22 settembre 2017, 9880/2017.

³⁰⁹ In senso contrario, in precedenza, si veda A. GUALDANI, *L'annullamento d'ufficio in edilizia tra obbligo di motivazione e affidamento*, cit., 499, che, commentando l'ordinanza di rimessione Cons. St., 19 aprile 2017, n.1830, aveva sottolineato la centralità della motivazione all'interno della fattispecie dell'annullamento d'ufficio, esercizio di poteri massimamente discrezionali, per i quali è sempre la motivazione a costituire il parametro esterno di ragionevolezza e proporzionalità. In sostanza, l'annullamento d'ufficio richiederebbe sempre la valutazione comparativa degli interessi coinvolti, anche in caso di falsa dichiarazione, che, pur elidendo l'affidamento legittimo, non esclude la necessità della valutazione ponderata.

³¹⁰ Si vedano, tra gli altri, G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa*, cit. e M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 1, 67 ss. Quest'ultimo non condivide l'interpretazione dell'art. 21*nonies* proposta, ritenendola mossa dalla preoccupazione di preservare quanto possibile la possibilità di intervento dell'amministrazione sui titoli edilizi illegittimi. Secondo l'Autore, individuare il *dies a quo* in quei termini significa negare radicalmente una qualsiasi efficacia del tempo quale fattore di limitazione del potere amministrativo di annullamento, anche considerato che è la stessa amministrazione ad affermare quando ha preso conoscenza del vizio. Critiche sono mosse anche in relazione alla tesi secondo cui l'interesse pubblico al contrasto all'abusivismo edilizio sarebbe così importante da consentire un'attenuazione dell'onere motivazionale al punto da ritenere valida una motivazione che si limiti a richiamare le norme violate. Il contrasto all'abusivismo edilizio, infatti, è un interesse pubblico di carattere astratto, mentre a sostenere l'annullamento d'ufficio, come ogni provvedimento amministrativo discrezionale, deve intervenire un interesse pubblico concreto. In senso contrario, R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *federalismi.it*, 2017, 23, che evidenzia la necessità di procedere ad una lettura costituzionalmente orientata della nuova previsione che esclude il limite temporale solo per falsità accertate con sentenza passata in giudicato; il nuovo modello, in sostanza, porrebbe una presunzione di intangibilità *juris tantum* alle posizioni accrescitive della sfera giuridica degli interessati, una volta decorso il termine, comunque perentorio, di diciotto mesi dall'adozione dell'atto.

può dover sopportare, dando il giusto rilievo al suo apporto conoscitivo ed informativo in quelle fattispecie nelle quali il regime legittimante è basato sulle rappresentazioni da questo offerte, facendo leva sulla sua autoresponsabilità; questa esigenza negherebbe la riconoscibilità, in capo allo stesso, di un affidamento legittimo nella stabilità della propria posizione giuridica dovuta ad una conoscenza dell'amministrazione non correttamente formatasi³¹¹.

Resta comunque aperto il problema di come conciliare la previsione dell'art. 21, secondo cui in caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli 19 e 20, senza alcun limite temporale, e quella dell'art. 21*nonies*, comma 2*bis*, che invece consente l'annullamento dei provvedimenti conseguiti sulla base del falso accertato con sentenza passata in giudicato anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Consentire l'annullamento oltre il termine ragionevole solo in presenza di una sentenza passata in giudicato che abbia accertato il reato di falso, da un lato, e impedire la conformazione degli effetti dell'attività alla legge, dall'altro, sembrano due previsioni destinate a operare in modo diametralmente opposto. Anche il D.lgs. 126/2016, nel precisare che nei casi del regime amministrativo della s.c.i.a., il termine di diciotto mesi di cui all'articolo 21*nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990, decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente, ha espressamente aggiunto che “resta fermo quanto stabilito dall'articolo 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990”³¹². Né pare maggiormente risolutiva la relazione di

³¹¹ M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, dubita anche della corretta interpretazione e applicazione del canone di buona fede da parte dell'Adunanza Plenaria, sottolineando come proprio la buona fede, intesa in senso soggettivo, sarebbe violata quando l'amministrazione per un lungo tratto di tempo rimane inerte e non annulla il titolo viziato ovvero non ordina la demolizione del manufatto abusivo. Se è vero che l'inerzia dell'amministrazione non rende legittimo il provvedimento affetto da un vizio e non è al pari idonea a sanare l'abuso, sarebbe comunque un elemento determinante per il protrarsi nel tempo dell'illegittimità o dell'abuso, configurando un comportamento dell'amministrazione contrario al principio della buona fede.

³¹² I dubbi erano stati sollevati anche dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo, che chiedeva al legislatore delegato di chiarire se il limite temporale ex art. 21*nonies* dovesse applicarsi anche alle possibili sanzioni per dichiarazioni mendaci ex art. 21, comma 1 ovvero se lo stesso dovesse essere inteso quale ulteriore deroga a quel limite. In questo secondo caso, il Collegio aveva auspicato una migliore specificazione dei poteri esercitabili ex art. 21, comma 1, rispetto a quelli di intervento ai sensi dell'art. 21*nonies*, considerato che in caso di s.c.i.a. entrambe le norme sembrano riferirsi all'accertamento della mancanza o della “falsità” dei requisiti. Con lo stesso parere il Consiglio di Stato aveva auspicato la delimitazione della fattispecie di deroga ai diciotto mesi prevista dall'art. 21*nonies*, chiarendo, ad esempio, se tra le “false rappresentazioni” di fatti rientri anche il riferimento al sistema normativo errato ovvero se il termine potesse essere

accompagnamento al decreto, laddove ha precisato che “la conformazione non è mai possibile – e la norma risulta speciale e applicabile senza limiti di tempo – nei casi di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni riconducibili alla fattispecie penale di cui all’art. 483 del codice penale accertata con sentenza di condanna passata in giudicato”:
impedire la conformazione dell’attività in presenza di mendacio è ben diverso dall’escluderla quando quello stesso mendacio è stato accertato in sede penale con sentenza definitiva.

Sul punto, i primi commenti degli interpreti sono stati piuttosto contrastanti e le opinioni si sono divise tra chi ritiene che il comma *2bis* dell’art. 21*nonies* si applichi anche alla s.c.i.a. in virtù del richiamo dell’art. 19, comma 4 e, quindi, consenta l’intervento successivo ai diciotto mesi solo se le condotte private costituiscono reato accertato con sentenza definitiva, diversamente vanificandosi l’intento della riforma³¹³, e coloro i quali, invece, sostengono che la riforma non avrebbe introdotto alcun “trattamento di favore” per la s.c.i.a. e che, l’opposta interpretazione aggraverebbe oltremodo l’azione amministrativa, legandola alle lentezze della giustizia penale³¹⁴.

Una soluzione, allora, potrebbe rinvenirsi nel distinguere le “false rappresentazioni dei fatti” dalle “dichiarazioni sostitutive di certificazione dell’atto di notorietà false o mendaci”, ritenendo che solo alle seconde si riferisca l’art. 21*nonies* quando richiede l’accertamento di una fattispecie penalmente rilevante con sentenza passata in giudicato³¹⁵. Occorrerebbe, quindi, tenere ben distinte le due condotte: a differenza delle prime, solo le seconde, proprio perché introdotte per esonerare il privato dal gravoso onere di acquisizione documentale e disciplinate dal D.P.R. n. 445 del 2000, rappresenterebbero nella sostanza dichiarazioni rese in alternativa ad atti pubblici, a cui il legislatore ha attribuito un valore probatorio privilegiato, prevedendo specifiche conseguenze in caso di

superato, al di là delle condanne penali passate in giudicato, in caso di falsità emergente dal riscontro con i pubblici registri. Ancora, si era chiesto di chiarire l’esatta portata del riferimento alle sanzioni penali e alle “sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 445 del 2000”. Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, 4 agosto 2016, n. 1784/2016, par. 1.3.

³¹³ In questo senso M.A. SANDULLI, *Postilla all’editoriale ‘Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 20; C. DEODATO, *L’annullamento d’ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 1185 ss.

³¹⁴ Così M. LIPARI, *La SCIA e l’autotutela della legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, cit., 20 e E. BOSCOLO, *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e a silenzio assenso*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.

³¹⁵ In questo senso T.A.R. LAZIO, Roma, sez. IIbis, 7 marzo 2017, n. 3215; T.A.R. LAZIO, Roma, sez. II Ter, 22 settembre 2017, 9880/2017, che dà comunque atto della formulazione poco chiara della disposizione.

falsità, tra cui anche l'espressa decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base delle stesse dichiarazioni, ai sensi dell'art. 75 del citato D.P.R.; solo queste, quindi, si presterebbero a giustificare l'accertamento della falsità "con sentenza passata in giudicato".

La strada ermeneutica sembra ragionevole, se non fosse che distinguere in concreto le false rappresentazioni dei fatti e le dichiarazioni sostitutive false non sembra agevole, soprattutto se si considera il contenuto eterogeneo che possono avere le dichiarazioni sostitutive di atto notorio ai sensi dell'art. 47 d.P.R. 445/2000. In secondo luogo, il dato pratico non aiuta: i modelli unificati approvati in sede di Conferenza unificata sia per la c.i.l.a. che per la s.c.i.a., infatti, riportano tutti, anche nella sezione la cui compilazione compete al privato e non solo a quella di spettanza del tecnico abilitato, il richiamo agli artt. 46 e 47 del testo unico sulla documentazione amministrativa in relazione alle dichiarazioni rese, mostrando, quindi, di qualificarle come vere e proprie dichiarazioni sostitutive. D'altro canto, il richiamo al d.P.R. 445/2000 ed alle sanzioni ivi previste pone ancora ulteriori problemi se la misura decadenziale contemplata dall'art. 75 non viene considerata, come si illustrerà in seguito, una sanzione afflittiva (come invece le sanzioni penali a cui si riferisce l'art. 76), ma una misura ripristinatoria³¹⁶.

Resterebbe, inoltre, irrisolto il problema interpretativo posto dall'art. 21, che impedisce la conformazione dell'attività soggetta a s.c.i.a. alla legge per la mera ricorrenza di dichiarazioni mendaci o false attestazioni, senza peraltro richiedere espressamente un nesso causale diretto tra la non veridicità e il beneficio conseguito. Simili dubbi, come vedremo, sorgono in relazione all'art. 75 d.P.R. 445/2000, che prescrive la decadenza dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, non chiarendo quale collegamento eziologico debba sussistere tra il mendacio e gli effetti favorevoli. Una possibile soluzione potrebbe trovarsi nel valorizzare la differenza tra "attestazioni non veritiere", per le quali l'art. 19 consente la conformazione (obbligando la sospensione) e le "dichiarazioni mendaci o di false attestazioni", per le quali, invece, la conformazione è sempre impedita dall'art. 21, comma 1.

Probabilmente la *ratio* dell'intervento riformatore che tra il 2015 e il 2016 ha inteso ridefinire i regimi amministrativi dell'attività edilizia, specificando l'operatività in generale della s.c.i.a. e delimitando maggiormente i poteri di controllo e di intervento dell'amministrazione, verrebbe frustrata se il sistema ammettesse davvero azioni repressive

³¹⁶ Lo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 1784/2016 aveva sollevato il dubbio che il richiamo al d.P.R. 445/2000 fosse più che altro un "errore di drafting", dovendo essere limitato alle sanzioni penali.

dell'attività edilizia già avviata (e verosimilmente conclusa) così ampie anche dopo un notevole lasso di tempo. Il limite temporale si pone a salvaguardia di esigenze di certezza delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti e di buon andamento dell'attività amministrativa: se entro trenta giorni questa è chiamata ad un controllo doveroso su tutte le segnalazioni ricevute, dovrebbe avvedersi fin da subito della eventuale illegittimità dell'attività esercitata, potendo estendere la valutazione al massimo nei diciotto mesi successivi alle condizioni più rigide dell'art. 21^{nonies}. Questo vale tanto più se si considera che l'amministrazione può essere chiamata a valutare la conformità al quadro normativo dell'attività posta in essere attraverso l'esercizio di valutazioni tecnico-discrezionali, alla stregua delle quali potrebbe ritenere non veritiera l'attestazione prodotta perché frutto di una valutazione ugualmente tecnica ma proveniente da un diverso soggetto. Decorso quel termine di diciotto mesi, quindi, se è vero che l'inerzia dell'amministrazione non renderebbe legittimo il provvedimento affetto da un vizio, sarebbe comunque un elemento determinante alla prosecuzione dell'intervento, avendo lo stesso soggetto pubblico consentito il protrarsi nel tempo della illegittimità, che solo una sentenza accertativa della falsa dichiarazione sarebbe idonea a fermare.

4. Riflessioni conclusive: la maggiore certezza degli adempimenti dichiarativi e il residuo di incertezza sul regime dei controlli

Non è una novità il fatto che il settore edilizio sia uno di quelli in cui maggiormente le difficoltà che derivano dalla mancanza di regole chiare sull'avvio dell'attività edificatoria e sul regime a cui sottoporre i singoli interventi sono avvertiti come un ostacolo per la libertà di iniziativa economica privata. In effetti, l'edilizia è un settore particolarmente critico, se si pensa che, in questo specifico ambito, nel rapporto *Doing Business* 2018 della Banca Mondiale, l'Italia è al 96° posto del *ranking* internazionale, tra l'altro dieci posizioni sotto rispetto all'anno precedente³¹⁷. Nel 2012 il Dipartimento della Funzione Pubblica aveva stimato oneri burocratici in edilizia pari a 4,4 miliardi di euro all'anno e un tempo medio di rilascio del permesso di costruire di 175 giorni³¹⁸. In effetti,

³¹⁷ Cfr. il rapporto del *World Bank Group* "Doing Business" del 2018, disponibile all'indirizzo internet <http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>, con particolare riferimento all'indicatore "Dealing with Construction Permits", che registra tutte le procedure necessarie per un'azienda nel settore delle costruzioni per costruire un sito produttivo standardizzato, insieme al tempo e ai costi associati.

³¹⁸ Fonte: sito del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione <http://www.funzionepubblica.gov.it/i-risultati-del-programma-di-misurazione-degli-oneri-2007-2012>.

i problemi normalmente lamentati dagli operatori del settore attengono ai tempi e ai costi burocratici per il rilascio dei titoli abilitativi, considerati eccessivi, all'elevato numero di amministrazioni a cui rivolgersi e alla diversità di procedure tra un Comune e l'altro, in aggiunta alla generale incertezza sugli adempimenti di volta in volta necessari.

Le strade seguite negli ultimi anni per cercare di risolvere i problemi sono state per lo più due. In primo luogo, si è puntato sulla riduzione degli oneri e sulla semplificazione documentale, analogamente al resto dei procedimenti amministrativi, con le previsioni dell'art. 18 legge n. 241/90 e dell'art. 43 d.P.R. 445/2000. Nel settore edilizio la necessità è stata avvertita in modo così forte da condurre all'introduzione dell'art. 9bis nel relativo testo unico, che ha rafforzato ancora una volta la decertificazione e l'alleggerimento degli oneri istruttori incombenti sui privati³¹⁹.

Ancora, più di recente si è cercato di soddisfare l'esigenza in occasione della riforma del 2015; il relativo decreto attuativo si è soffermato sulle modalità di presentazione e sui contenuti *standard* degli atti di competenza degli operatori ed ha ulteriormente ribadito il divieto per le amministrazioni di richiedere dati e documenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli definiti in modo uniforme nei moduli concordati. Sicuramente la definizione di contenuti uniformi è una delle strade per ridurre al minimo l'incertezza dell'operatore economico nell'impiego dei diversi mezzi che l'ordinamento mette a disposizione; ulteriore beneficio dovrebbe derivare dall'indicazione puntuale della documentazione da allegare a ciascun tipo di comunicazione e segnalazione, specificando le parti la cui dichiarazione spetta al cittadino e quelle di competenza del tecnico abilitato, diminuendo così anche le possibilità di errore. Peraltro, come è stato evidenziato, esigenze di omogeneità avrebbero probabilmente dovuto portare a non suddividere la disposizione sulla predisposizione della modulistica in due gruppi – delle amministrazioni statali, da un lato, e delle amministrazioni regionali e locali, dall'altro – anche in considerazione della compresenza di materie di competenza concorrente o residuale regionale o di enti locali anche nel primo dei due gruppi³²⁰. In ogni caso, si tratta di un contributo all'accrescimento,

³¹⁹ In questo senso può leggersi la giurisprudenza che ha anche sanzionato applicazioni eccessivamente formalistiche della disciplina sulle autocertificazioni nel settore edilizio. Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 6 dicembre 2010, n. 1935: "l'inserimento nelle dichiarazioni ex articolo 47 del D.P.R. n. 445 del richiamo alle sanzioni applicabili alle dichiarazioni mendaci non costituisce condizione di validità delle stesse, essendo l'inserimento del riferimento alle stesse un semplice onere delle amministrazioni che, per favorire gli amministrati, predispongano dei modelli (che essi sono comunque liberi di non utilizzare)."

³²⁰ Quindi sembrerebbe poco ragionevole il fatto che per i moduli standardizzati da approvarsi da parte delle amministrazioni statali si debba acquisire solo il parere della Conferenza unificata e non occorra un accordo in quella sede, nonostante si possa rinvenire la concorrenza di competenze che appartengono ad altri livelli di governo anche per quei procedimenti. Considerazioni critiche sono

nell'operatore interessato, della consapevolezza sull'effettivo rilievo delle dichiarazioni rese e della portata dell'autoresponsabilità che le informa. Utile, in questo senso, è anche la previsione dell'art. 18bis legge n. 241/90, che impone il rilascio della ricevuta che attesti l'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni, indicante i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza³²¹.

In teoria, la nuova modulistica è destinata ad avere un notevole impatto, considerato l'elevato numero annuo di procedimenti e regimi amministrativi sui cui gli accordi conclusi in sede di Conferenza unificata tra il 2017 e il 2018 sono destinati ad incidere.³²² Sul punto, si segnala che anche la nuova "Agenda per la semplificazione 2018-2020" ha fissato tra i suoi obiettivi la verifica dello stato di adozione della modulistica edilizia da parte delle Regioni e dei Comuni e dell'impatto di quella già adottata in Conferenza unificata sulle attività concrete di cittadini e imprese e ordini professionali, oltre che il completamento dell'istruttoria della modulistica semplificata e standardizzata per i principali adempimenti nel settore edilizio entro dicembre 2018.

esprese da W. GIULIETTI, N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, cit., 921-923. Aveva evidenziato questa necessità di omogeneità anche il Consiglio di Stato con il parere 839/2016.

³²¹ Cfr. art. 18bis, comma 1, legge n. 241/90 (Presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni), introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 126/2016: "Dell'avvenuta presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni è rilasciata immediatamente, anche in via telematica, una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza, della segnalazione e della comunicazione e indica i termini entro i quali l'amministrazione è tenuta, ove previsto, a rispondere, ovvero entro i quali il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento dell'istanza. Se la ricevuta contiene le informazioni di cui all'articolo 8, essa costituisce comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'articolo 7. La data di protocollazione dell'istanza, segnalazione o comunicazione non può comunque essere diversa da quella di effettiva presentazione. Le istanze, segnalazioni o comunicazioni producono effetti anche in caso di mancato rilascio della ricevuta, ferma restando la responsabilità del soggetto competente." L'indicazione secondo cui la data di protocollazione non deve essere diversa da quella di effettiva presentazione dell'istanza, segnalazione o comunicazione era stata oggetto anche di suggerimento da parte del Consiglio di Stato con il parere n. 839/2016, con lo scopo di farne decorrere i termini per l'intervento successivo dell'amministrazione, come quello ex art. 19, comma 3. Si segnala che, peraltro, che la previsione secondo cui la ricevuta possa costituire comunicazione di avvio del procedimento sembra poco congrua, come aveva rilevato lo stesso Consiglio di Stato nel medesimo parere. Sul punto si rinvia al commento della disposizione di N. PAOLANTONIO, *Presentazioni di istanze, segnalazioni o comunicazioni*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 895 ss.

³²² Secondo i rapporti di monitoraggio al 30 maggio e 30 novembre 2017 dell'Agenda per la Semplificazione 2015-2017, il numero annuo dei titoli abilitativi e degli adempimenti per i quali è stata predisposta la modulistica è pari a 2.700.000, per l'accordo del 4 maggio 2017, e a 2.400.000 in relazione all'accordo del 6 luglio 2017. Cfr. <http://www.italiasemplice.gov.it/monitoraggio/i-risultati-raggiunti/>.

In aggiunta, si è inciso sulla precisa individuazione del regime amministrativo a cui sottoporre le singole attività edilizie, onde evitare incertezze proprio sul modello procedimentale da impiegare caso per caso.

La corretta operatività del sistema, però, non può prescindere dalla precisa definizione delle modalità e dei tempi dell'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione, sia nella forma del controllo che in quello dell'intervento inibitorio. Lo scopo delle innovazioni è stato anche garantire maggiore certezza ai progettisti e proprietari in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'intervento segnalato e, pertanto, alla legittimità e conseguente stabilità delle trasformazioni poste in essere sulla base al titolo privato.

Le attività soggette al mero obbligo comunicativo, anche accompagnato dall'asseverazione del tecnico, sono soggette ai generali poteri di verifica della conformità alla legge da parte dell'amministrazione comunale, che non è, tuttavia, soggetta ad un dovere di riscontro puntuale e procedimentalizzato, entro un termine espresso. Nella s.c.i.a., invece, si impone un controllo obbligatorio, non essendo consentita una mera verifica "a campione", come in alcuni casi disciplinato in alcune legislazioni regionali, né una distinzione tra un controllo di regolarità formale, sulla completezza della documentazione, obbligatorio, e un controllo sostanziale, relativo al merito dei presupposti per il progetto proposto, facoltativo. Oltre ad essere doveroso, è un controllo "orientato" dalla dichiarazione ricevuta dal privato. Il dovere è rimarcato anche dalla responsabilità del dipendente che non abbia impedito l'esercizio dell'attività non conforme ai parametri normativi. Il controllo è, inoltre, sottoposto ad un termine espresso: proprio questo termine vale a tratteggiare in modo peculiare questa attività accertativa rispetto a quella prevista in generale dal d.P.R. 445/2000 e dalla disciplina dettata, ad esempio, nel settore degli incentivi alle energie rinnovabili. Alla scadenza, il potere si esaurisce e l'intervento autoritativo è limitato al ricorrere delle condizioni specifiche dell'art. 21*nonies*; è, quindi, circoscritto, ma è comunque consentito in modo tale da compensare il pregiudizio potenziale che l'interesse pubblico potrebbe subire dalla contrazione dell'istruttoria e dell'ordinario procedimento.

Restano da superare l'antinomia che pare presentarsi tra le diverse norme emergenti dagli artt. 19, che ha eliminato la rilevanza automatica dell'accertata falsità delle dichiarazioni, 21, che sembrerebbe imporre un dovere non soggetto a limiti di inibire le attività fondate su un titolo formatosi sulla base di documenti falsi, e 21*nonies*, comma 2*bis*, che, tra l'altro, prima dà rilievo alla sola falsità che integra un reato, e successivamente

fa salva l'applicazione delle misure previste dal d.P.R. 445/2000 nel caso in cui emergano falsità durante i controlli sulle dichiarazioni sostitutive.

In ogni caso il limite massimo del controllo fissato a diciotto mesi è funzionale al rispetto dei valori della trasparenza e della certezza, in ossequio ai quali il nuovo regime prevede termini decadenziali che non sembrano più tanto volti a fissare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a porre dei limiti al potere pubblico per la migliore tutela dell'interesse degli operatori privati, che ambiscono al consolidamento delle proprie posizioni soggettive³²³.

³²³ In questo senso si è espresso il Consiglio di Stato nel parere n. 839/2016. Tra i primi commentatori, nello stesso senso G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 153.

CAPITOLO 3

La semplificazione documentale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici

1. Le dichiarazioni degli operatori economici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici

La disciplina in tema di contratti pubblici è caratterizzata dalla presenza di plurime disposizioni che impongono agli operatori economici che concorrono per l'affidamento di un appalto il possesso e la dimostrazione di specifici requisiti, atti a dare prova dell'affidabilità morale e professionale del concorrente e della serietà dell'offerta presentata. Ecco che, quindi, nei procedimenti ad evidenza pubblica spicca l'esigenza di semplificazione fin dal momento in cui vengono inviate le domande di partecipazione con la relativa documentazione e le correlate certificazioni³²⁴.

Il precedente codice dei contratti pubblici³²⁵, in particolare, individuava la norma di riferimento nell'art. 38³²⁶, che conteneva la disciplina dei requisiti di carattere generale che ogni operatore economico era tenuto a possedere per contrarre con la pubblica amministrazione, indipendentemente dal fatto che la procedura avesse ad oggetto lavori, servizi o forniture e, allo stesso tempo, a prescindere dall'importo del contratto da

³²⁴ Sull'impiego delle autocertificazioni nelle procedure di gara, anche prima del riordino del quadro normativo operato dal d.P.R. 445/200 si veda M. BOMBARDELLI, *Autocertificazione e partecipazione a gara pubblica*, in *Giornale dir. amm*, 2000, 2, 141, che, all'indomani dall'emanazione del d.P.R. 403/1998, sottolineava la necessità di una lettura delle norme in materia di documentazione amministrativa nel senso più favorevole per i cittadini, evitando che questo si traduca, allo stesso tempo, in un aggravio per l'amministrazione.

³²⁵ D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*

³²⁶ Tra i numerosi contributi dottrinari sui requisiti di ordine generale prima del Codice dei contratti pubblici del 2016, si vedano F. CARDARELLI, *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Il Codice dei Contratti Pubblici – Commento al d. lvo 12 aprile 2006, n. 163*, Giappichelli, Milano, 2007; R. GRECO, *I requisiti di ordine generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, II, Milano, 2008; R. GRECO, *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in P. DELISE e R. GAROFOLI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2009; S. STICCHI DAMIANI, *I requisiti di ordine generale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 423 ss.; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Roma, IGOP, 2010, 153 ss.; V. CAPUZZA, *L'art. 38 del Codice degli appalti: la natura del divieto di stipulare*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 3, 952 ss.; V. CAPUZZA, *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, Utet, 2014.

stipularsi³²⁷. Il successivo art. 39 era dedicato ai requisiti di idoneità professionale, che il concorrente poteva essere chiamato a dimostrare; gli artt. 41 e 42, inoltre, contenevano la disciplina dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale per l'esecuzione di servizi e forniture³²⁸.

Si trattava di requisiti impiegati per effettuare una preselezione degli operatori economici partecipanti alla gara, che aveva ad oggetto la meritevolezza e la capacità potenziale di eseguire il contratto a regola d'arte, anche prescindendo dal contenuto delle offerte effettivamente presentate³²⁹.

La prova di questi elementi era ampiamente basata sull'impiego di strumenti di semplificazione documentale del d.P.R. 445/2000. Nello specifico, l'art. 38, comma 2³³⁰, del precedente codice prevedeva espressamente che il possesso dei requisiti di carattere generale dovesse essere oggetto di dichiarazione sostitutiva resa in conformità alle previsioni del testo unico sulla documentazione amministrativa. Anche il possesso dei requisiti di idoneità professionale doveva essere autocertificato con dichiarazione sostitutiva. Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 41, la capacità economico-finanziaria poteva essere provata, oltre che attraverso dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati, anche con la presentazione di dichiarazioni sostitutive³³¹.

³²⁷ In sostanza la disposizione conteneva l'elencazione dei criteri di natura soggettiva per la selezione dei contraenti, i quali consentivano alle amministrazioni di escludere in modo automatico coloro che si fossero resi colpevoli di reati contro l'ordine economico o comunque che non avessero requisiti di affidabilità morale agli occhi del soggetto pubblico. La previsione era conforme all'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, rubricato "Situazione personale del candidato o dell'offerente", anche se aveva intordotto un maggior numero di cause ostative. La compatibilità dell'approccio di maggior rigore con la disciplina comunitaria era stata confermata dalla Corte di Giustizia CE con sentenza CGCE 16 febbraio 2008 C-213/07, nella quale ha chiarito che la tassatività delle cause di esclusione stabilita dall'ordinamento comunitario non impedisce ai singoli Stati di introdurre altre, purché ispirate da un principio di proporzionalità

³²⁸ Nel settore dei lavori pubblici il cui valore superasse i 150.000 euro, per i requisiti di carattere speciale, era in vigore il sistema unico di qualificazione SOA, disciplinato dall'art. 40 del D. Lgs. 163/2016 e dagli artt. 60 e ss. del regolamento di attuazione e di esecuzione, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, teso ad evitare che quei requisiti dovessero essere accertati di volta in volta ad ogni gara.

³²⁹ In questo senso cfr. Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2013, n. 1551; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2012, n. 651.

³³⁰ L'art. 38, comma 2, così disponeva: "Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione [...]".

³³¹ Ai sensi dell'art. 41, comma 1 "Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445; c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto

Similmente, la capacità tecnica e professionale dei fornitori e prestatori di servizi, ai sensi dell'art. 42, comma 4, poteva essere dimostrata in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 445/2000.

Attraverso la produzione di dichiarazioni sostitutive, quindi, i concorrenti provavano alla stazione appaltante di possedere la particolare idoneità a contrarre derivante dal possesso dei requisiti normativamente previsti.

L'applicabilità, già sotto la vigenza del precedente codice, della disciplina dettata dal testo unico sulla documentazione amministrativa anche alle procedure di gara era frutto, in primo luogo, – come in precedenza osservato – dell'impiego generalizzato all'interno dei procedimenti amministrativi dell'istituto dell'autocertificazione, che, soprattutto in tema di appalti, è stato riconosciuto in modo esplicito dall'art. 77bis³³². Questa disposizione, a ben vedere, era stata aggiunta al testo unico già prima dell'adozione del codice del 2006, per porre fine ai contrasti interpretativi in relazione al rapporto tra le dichiarazioni sostitutive ed il regolamento attuativo della legge Merloni³³³, che richiedeva la dimostrazione della non ricorrenza delle condizioni ivi prescritte attraverso la produzione di certificati a carico dei concorrenti³³⁴.

In aggiunta, l'art. 74, comma 6, del codice, relativo a “forma e contenuto dell'offerta”, impediva alle stazioni appaltanti di richiedere documenti e certificati per le quali le norme in vigore consentissero la presentazione di dichiarazioni sostitutive, facendo in ogni caso salvi i controlli successivi durante lo svolgimento della gara in relazione alla veridicità del contenuto delle stesse. Il successivo comma, inoltre, richiamava espressamente l'applicabilità dell'art. 18, comma 2, legge n. 241/90, e degli artt. 43 e 46 del d.P.R. 445/2000, come già visto, relativi all'obbligo di procedere all'acquisizione ed all'accertamento d'ufficio ed all'impiego delle dichiarazioni sostitutive di certificazione.

del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.”

³³² Introdotta con legge 16 gennaio 2003, n. 3, l'art. 77bis (“Applicazione di norme”) dispone: “Le disposizioni in materia di documentazione amministrativa contenute nei capi II e III si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali, salvo che queste siano espressamente richiamate dall'articolo 78.”

³³³ Legge 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*.

³³⁴ Nello specifico, l'art. 75, comma 2, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*, abrogato dal d.P.R. n. 207 del 2010 prevedeva che i partecipanti alla gara dovessero dimostrare “mediante la produzione di certificati del casellario giudiziale o dei carichi pendenti che non ricorrono le condizioni prescritte [...]”.

L'art. 74, comma 6, inoltre, era applicabile anche alle domande di partecipazione, in virtù del richiamo espresso disposto dall'art. 73, comma 5, dedicato a "forma e contenuto delle domande di partecipazione".

In definitiva, le dichiarazioni sostitutive erano state individuate dal legislatore come modalità ordinaria per la dimostrazione del possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi di partecipazione alla gara. Proprio in considerazione dell'importanza di queste dichiarazioni in vista dell'accertamento delle condizioni del contraente, l'art. 38 era stato in passato oggetto di interpretazioni formalistiche delle dichiarazioni presentate in sede di gara³³⁵, divenendo una delle maggiori fonti di contenzioso in materia, in quanto le carenze o difformità anche solo formali di dette dichiarazioni costituivano spesso lo spunto per impugnazioni da parte degli esclusi dalla procedura³³⁶.

Nel tempo, le pronunce dei giudici sotto la vigenza del precedente codice hanno per lo più sempre ribadito l'equiparazione completa delle dichiarazioni sostitutive alle certificazioni, anche nel caso in cui la *lex specialis* di gara non lo avesse espressamente previsto e anche in presenza di norme contrarie applicabili antecedenti all'introduzione dell'art. 77bis, sia in conformità al disegno generale sulla decertificazione sia in ossequio al principio generale del *favor participationis* alla procedura di gara³³⁷. Giova evidenziare che uno dei maggiori dubbi interpretativi in relazione alle dichiarazioni sul possesso dei requisiti e, in particolare, sull'assenza di cause di esclusione, riguardava la necessità che le stesse fossero analitiche e specifiche in relazione ad ogni ipotesi prevista dall'art. 38 oppure, in alternativa, la possibilità che fossero riferite anche in generale ai diversi requisiti. Sul punto gli orientamenti giurisprudenziali oscillavano tra l'interpretazione di chi riteneva che la dichiarazione potesse essere generica sia con riferimento alle singole ipotesi di esclusione sia ai singoli soggetti muniti di poteri rappresentativi, che, pertanto non

³³⁵ Tanto da far parlare di una vera e propria "caccia all'errore". Cfr. G. VIRGA, *Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare previsto dall'art. 46, c. 1bis, del codice degli appalti*, in www.lexitalia.it, 2011, 9.

³³⁶ Sul punto cfr. G.P. CIRILLO, *Requisiti generali di qualificazione: garanzie per l'amministrazione o occasione di contenzioso?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³⁷ Cfr. Cons. stato, sez. V, 24 agosto 2006, n. 4972; nello stesso senso cfr. Cons. Giust. Amm. Sic. Sez. giurisdiz., 03 ottobre 2007, n. 911, secondo il quale: "Le disposizioni in materia di documentazione amministrativa, fra le quali è riconducibile quella riguardante le dichiarazioni sostitutive ex art. 77bis, D.P.R. n. 445/2000, si applicano in tutti i casi in cui sia prevista una certificazione, "ivi comprese quelle concernenti le procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali". Di conseguenza, le prescrizioni dei bandi vanno sempre intese nel senso che, in mancanza di richiamo alla norma sopra citata, si deve ammettere la certificazione semplificata e sostitutiva stabilita dal menzionato D.P.R. n. 445/2000."

dovevano essere menzionati specificamente³³⁸ e chi, al contrario, sosteneva che, pur essendo possibile che la dichiarazione sostitutiva fosse sottoscritta dal solo rappresentante legale, fosse altresì necessaria l'indicazione espressa dei singoli componenti dell'impresa; questo orientamento era basato anche sulla considerazione che la mancata menzione puntuale avrebbe impedito l'assunzione di responsabilità circa la veridicità della dichiarazione, meccanismo su cui si basa tutto il sistema delle dichiarazioni sostitutive³³⁹.

Un primo punto di svolta verso la riduzione massima degli oneri dichiarativi gravanti sugli operanti può essere attribuito all'aggiunta del comma *1bis* all'art. 46³⁴⁰, che ha introdotto nell'ordinamento il c.d. principio di tassatività delle cause di esclusione. Lo scopo era la riduzione degli oneri formali gravanti sulle imprese nel caso in cui non fossero strettamente necessari per raggiungere gli obiettivi del procedimento di evidenza pubblica, prevedendo l'automatica nullità di qualsiasi previsione della *lex specialis* di gara che imponesse casi di esclusioni non basati sul profilo qualitativo della dichiarazione resa, ma sulla sua forma³⁴¹.

In ogni caso, tutto il sistema di partecipazione alla gara era basato sull'impiego di dichiarazioni sostitutive atte ad attestare, ciascuna in relazione al suo specifico oggetto, il possesso delle caratteristiche necessarie per partecipare alla gara e poter contrarre con l'amministrazione.

Con l'adozione del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50³⁴², il legislatore ha inciso anche sugli oneri dichiarativi gravanti sugli operatori partecipanti alle procedure di gara, partendo dal presupposto che tali oneri impediscano anche alle stazioni appaltanti di soffermarsi

³³⁸ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16.

³³⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6053; id, sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7578.

³⁴⁰ Ad opera dell'art. 4, comma 2, lett d), d.l. n. 70/2011. Il comma così aggiunto disponeva "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

³⁴¹ In questi termini Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2017, n. 4350. Sul punto si veda L. TARANTINO, *Gli oneri dichiarativi nella materia dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 6/2017, 862.

³⁴² D. Lgs. 18/04/2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*. Per un commento generale sul nuovo codice si veda R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 5, 503; L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento e processo*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 5, 605.

sulla qualità delle offerte presentate, ingenerando un rilevante contenzioso³⁴³. In effetti, sulla scorta di queste considerazioni, le tre direttive europee del 2014³⁴⁴ hanno individuato tra gli obiettivi principali della nuova disciplina di appalti e concessioni tanto la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produzione documentale quanto l'impulso alla capacità delle stazioni appaltanti di procedere alle aggiudicazioni basandosi su dati non risalenti ottenuti attraverso l'impiego di banche dati elettroniche, facendo sì che le aggiudicazioni siano basate su informazioni recenti, soprattutto per ciò che concerne i motivi di esclusione, potenzialmente oggetto di rapidi cambiamenti³⁴⁵. Allo stesso tempo, l'impianto delle direttive è stato volto alla semplificazione massima dei rapporti tra amministrazioni e operatori, promuovendo l'utilizzo di modelli di formulari per le autodichiarazioni con il fine di ridurre i problemi che nella prassi sono spesso collegati alle dichiarazioni formali³⁴⁶.

Su questa linea si è mosso anche il legislatore italiano con la legge 28 gennaio 2016, n. 11³⁴⁷, che, nel formulare la delega al Governo in vista del recepimento delle direttive europee, ha basato su tre strade principali l'obiettivo di riduzione degli oneri dichiarativi e delle conseguenze del loro erroneo adempimento. Si tratta, in particolare, della conferma dell'impiego del soccorso istruttorio³⁴⁸ – sulla cui analisi ci si soffermerà a seguire –, della semplificazione del controllo da parte delle stazioni appaltanti sul possesso in capo agli operatori economici dei requisiti generali di qualificazione, attraverso la consultazione di un'unica Banca dati gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la revisione e semplificazione del sistema AVCPass³⁴⁹ e, per quanto di interesse a questo

³⁴³ L'intervento è conforme con il considerando n. 84 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui "molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione". Per un commento alla Direttiva 2014/24/UE si veda L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it, 17-18.

³⁴⁴ Si tratta delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del 26/02/2014.

³⁴⁵ Cfr. "considerando" n. 85 della direttiva 2014/24/UE.

³⁴⁶ Cfr. "considerando" n. 86 della direttiva 2014/24/UE.

³⁴⁷ Legge 28 gennaio 2016, n. 11, *Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*.

³⁴⁸ Cfr. art. 1, comma 1, lett. z), legge n. 11/2016.

³⁴⁹ Cfr. art. 1, comma 1, lett. z), legge n. 11/2016.

punto dell'analisi, dell'impiego del documento di gara unico europeo (DGUE), unico documento per autocertificare il possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alle gare³⁵⁰. Conformemente alla delega, il Governo ha, quindi, dato attuazione a tali principi in una serie di norme contenute nella Parte II, Titolo III, Capo III, Sezione II del codice dei contratti pubblici³⁵¹.

Anche questo testo normativo, similmente al precedente ed in conformità alle direttive europee, prevede sul piano sostanziale requisiti morali e di capacità tecnica ed economica che l'operatore economico deve possedere per partecipare alla procedura. In primo luogo, l'art. 80 indica le cause di esclusione, in parte mutuandole dalle previsioni della direttiva³⁵² ed in parte avvalendosi della facoltà di introduzione di ulteriori ipotesi non obbligatorie attribuita dalla stessa fonte europea al legislatore nazionale³⁵³. La *ratio* della previsione resta la stessa, cioè verificare che il potenziale contraente possieda le qualità morali necessarie per acquisire una commessa pubblica ed evitare che i rapporti con lo stesso possano arrecare pregiudizio al buon andamento dell'amministrazione. Alcune delle cause di esclusione hanno carattere completamente vincolato; altre lasciano un maggiore margine di discrezionalità all'amministrazione circa la valutazione dell'esistenza o meno di determinati requisiti morali, ma, nel momento in cui detta sussistenza è accertata, la stazione appaltante non ha possibilità di esercitare alcuna scelta in merito all'esclusione³⁵⁴.

Per quanto attiene ai soggetti per i quali sono disposte le verifiche circa l'assenza delle cause di esclusione obbligatoria e, quindi, l'estensione soggettiva degli obblighi dichiarativi, si rileva che, a differenza che in passato, questi devono ricomprendere i membri degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza e, in ogni caso, qualsiasi soggetto munito di poteri di rappresentanza, pur non facente parte dei predetti organi, oltre che il socio unico persona fisica o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci. Sono ricompresi, quindi, tutti coloro che possano avere un significativo ruolo decisionale e gestionale³⁵⁵.

³⁵⁰ Cfr. art. 1, comma 1, lett. aa), legge. n. 11/2016.

³⁵¹ È bene evidenziare, a questo punto, che le disposizioni in argomento non sono espressamente richiamate nell'art. 164, comma 2 del Codice e, pertanto, può ritenersi che si applichino alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione soltanto in via interpretativa.

³⁵² Cfr. art. 80, comma 1, D. Lgs. 50/2016. Una novità è, ad esempio, l'inserimento delle cause di esclusione relative al compimento di reati terroristici o connessi ad attività terroristiche.

³⁵³ Cfr. art. 80, comma 5 D. Lgs. 50/2016.

³⁵⁴ Cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 20 dicembre 2005, n. 1774, che parla di discrezionalità c.d. monofasica.

³⁵⁵ In questo modo risulta confermato l'approdo ermeneutico in tema di adempimento dichiarativo sulla mancanza di cause di esclusione, così come sancito dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 16 ottobre 2013, n. 23.

I criteri di selezione, invece, sono disciplinati dall'art. 83, che li distingue in requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali. Le stazioni appaltanti sono libere nell'individuare gli indici di capacità economica e tecnica ritenuti più adatti in relazione allo specifico oggetto dell'appalti, con il limite della proporzionalità e dell'attinenza allo stesso, tenendo presente la necessità di garantire la più ampia partecipazione.

Confermando l'impostazione del precedente sistema, l'art. 83, comma 8, sancisce nuovamente la tassatività delle cause di esclusione dalla procedura, sanzionando con la nullità le previsioni del bando o della lettera di invito ulteriori rispetto alle ipotesi previste dal codice o da altre prescrizioni di legge³⁵⁶. In sostanza, quindi, gli oneri dichiarativi a cui oggi l'operatore è sottoposto possono riguardare i requisiti generali (la c.d. idoneità morale), i criteri di selezione (idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale), requisiti oggettivi che permettono alla stazione appaltante la riduzione del numero dei concorrenti e, infine, altre previsioni legislative espressamente previste.

Come in precedenza, tanto i requisiti generali che speciali devono essere posseduti non solo alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura, ma anche per tutta la durata della stessa fino all'eventuale aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, oltre che per tutto il periodo dell'esecuzione e senza soluzione di continuità³⁵⁷. Questo è tanto più vero se si considera che, come si vedrà successivamente, la verifica sul possesso degli stessi può essere disposta in qualsiasi momento della procedura da parte della stazione appaltante, a garanzia della serietà dell'impegno dell'operatore che prende parte alla selezione e della sicurezza per la stessa amministrazione nella futura valida stipula.

³⁵⁶ L'art. 83, comma 8, dispone: "Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

³⁵⁷ Cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. III, 13 aprile 2016, n. 1471; id., 13 gennaio 2016, n. 76; id, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8.

1.2 La riduzione degli oneri dichiarativi attraverso il documento di gara unico europeo

Una delle innovazioni del codice dei contratti del 2016 in tema di documentazione di gara è costituita dal documento di gara unico europeo, disciplinato dall'art. 85³⁵⁸. La disposizione, in sintesi, impone alle stazioni appaltanti di accettare che le imprese concorrenti, con la presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, attestino di non trovarsi nelle situazioni di cui all'art. 80, di soddisfare i criteri di selezione di cui all'art. 83 o gli eventuali criteri oggettivi di cui all'art. 91 mediante la presentazione del documento di gara unico europeo (DGUE), redatto conformemente al modello approvato dal regolamento della Commissione Europea 2016/7 del 5 gennaio 2016³⁵⁹. Il DGUE fornisce, inoltre, le informazioni rilevanti richieste dalla stazione appaltante e le stesse informazioni relative agli eventuali soggetti di cui l'operatore economico si avvale ai sensi dell'articolo 89.

Il documento unico è espressamente definito come “un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi”, che ogni partecipante ad una procedura di gara ha l'obbligo di compilare e presentare.

A ben vedere, nonostante il documento venga definito come “autodichiarazione”, nella disciplina sul DUGE non si rinviene alcun richiamo al testo unico sulla documentazione amministrativa – a differenza di quanto avveniva nelle disposizioni del codice del 2006 sopra analizzate – e né il codice né, tantomeno, il regolamento della

³⁵⁸ L'articolo recepisce le previsioni dell'art. 59 della direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari, secondo la tecnica del c.d. *copy out*. Il DUGE è, inoltre, disciplinato dall'art. 80, par. 3, direttiva 2014/25/UE per i settori speciali. Non è, invece, previsto dalla direttiva 2014/23/UE per le concessioni. Le Linee guida del Ministero dei Trasporti n. 3 del 18 luglio 2016, tuttavia, ne estendono l'impiego anche per le procedure di affidamento dei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato. Inoltre, le stesse Linee guida ne prevedono l'utilizzo per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie fissate dall'art. 35 del codice, ad esclusione di quelli di importo inferiore a € 40.000,00, per i quali si la scelta è rimessa alle stazioni appaltanti. Infine, l'impiego del DUGE è imposto anche per le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando ex art. 63, comma 2, lett. a), lasciando ugualmente alla discrezionalità della stazione appaltante la decisione circa l'utilizzo per le altre ipotesi disciplinate dall'art. 63.

³⁵⁹ Si tratta del *Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016 che stabilisce il modello di formulario per il documento di gara unico europeo*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'UE del 6 gennaio 2016, n. L 3/16. Il modello è obbligatorio e direttamente applicabile in ciascuno degli stati membri dell'Unione, in quanto adottato con un regolamento approvato secondo la procedura prevista dal regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 182/2011 del 16 febbraio 2011. La Commissione ha peraltro messo a disposizione un servizio web di ausilio alla compilazione all'indirizzo <https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=it>.

Commissione, richiedono che lo stesso sia redatto secondo la formalità prevista dall'art. 38 d.P.R. 445/2000 per le ordinarie dichiarazioni sostitutive di un atto di notorietà³⁶⁰. Tuttavia, le Linee guida adottate dal Ministero dei Trasporti³⁶¹ hanno espressamente chiarito che nella parte VI del documento il dichiarante si assume la responsabilità della veridicità delle informazioni rese e la dichiarazione deve richiamare gli artt. 40, 43, 46 e 76 del testo unico, mantenendo, quindi, ferme le conseguenze che la falsità delle dichiarazioni comporta sia rispetto alla procedura di gara sia sul piano penale³⁶².

Il vantaggio del DGUE è certamente quello di render uniforme e più certo il contenuto delle dichiarazioni da presentare; se, come visto, deve essere redatto secondo un modello di formulario, la poca discrezionalità nella sua predisposizione è evidentemente utile ad evitare omissioni di specifiche informazioni richieste dalla stazione appaltante³⁶³³⁶⁴. Inoltre, diversamente che in passato, questa “autocertificazione” è

³⁶⁰ La disposizione, al comma 3, richiede la presentazione della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritta e presentata unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. Sostiene la non necessaria sottoposizione alle formalità delle dichiarazioni sostitutive T. DI NITTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 4, 436. Ritieni, invece, che si tratti di una vera e propria dichiarazione sostitutive R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli, 2017. In questo senso, al DUGE potrebbero applicarsi alcuni dei principi enucleati dalla giurisprudenza a proposito delle dichiarazioni sostitutive previste dall'art. 38 del codice precedente, come, ad esempio, la necessità di sottoscrizione e allegazione del documento di identità, la cui carenza, però, non sarebbe di per sé causa di esclusione, venendo in rilievo il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9.

³⁶¹ Cfr. Circ. 18/07/2016, n. 3 del Ministero dei Trasporti, *Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo (DGUE) approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016*.

³⁶² Questo è inoltre conforme a quanto previsto dall'allegato 1 al Reg. 2016/7, recante le istruzioni alla compilazione del DGUE, secondo cui "l'operatore economico può essere escluso dalla procedura di appalto o essere perseguito a norma del diritto nazionale se si è reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel compilare il DGUE o, in generale, nel fornire le informazioni richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione o il rispetto dei criteri di selezione, ovvero se non ha trasmesso tali informazioni o non è stato in grado di presentare i documenti complementari".

³⁶³ In base al Reg. 2016/7, il documento consiste in un formulario formato da sei parti. Nel dettaglio, la prima è di competenza della stazione appaltante ed è relativa alle informazioni sulla procedura di appalto e sull'amministrazione aggiudicatrice o sull'ente aggiudicatore; la seconda parte concerne i dati dell'operatore economico; la terza e la quarta, inoltre, riguardano i criteri di esclusione e di selezione; la successiva è eventuale ed ha ad oggetto le informazioni da fornire nel caso in cui le stazioni appaltanti abbiano esercitato la facoltà di ridurre il numero dei candidati invitati a presentare offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo; la sesta ed ultima parte, infine, ha ad oggetto l'attestazione da parte del concorrente della veridicità delle informazioni rese e la dichiarazione con cui lo stesso si rende disponibile a comprovarle, nel caso in cui fosse necessario.

³⁶⁴ È stata evidenziata la carenza di coerenza nella previsione del Reg. 2016/7 secondo la quale, se gli appalti sono suddivisi in lotti, il DGUE deve essere presentato per ogni lotto nel caso in cui i criteri di selezione non siano uniformi tra i diversi lotti; in virtù della preferenza per la suddivisione in lotti delle gare che emerge sia nelle direttive sia nel codice, sembrerebbe un onere superfluo, in

destinata a sostituire tutte le dichiarazioni sostitutive singolarmente presentate per attestare specifici dati e qualità.

La differenza principale tra il DGUE e le tradizionali dichiarazioni sostitutive *ex d.P.R. 445/2000* si coglie, in ogni caso, nelle previsioni per le quali la presentazione di questo documento non impedisce, comunque, ai partecipanti o agli offerenti di essere soggetti all'onere di esibizione dei documenti a riprova delle informazioni in esso contenute, con particolare riferimento all'inesistenza dei motivi di esclusione indicati dall'art. 80 del codice e al possesso dei criteri di selezione *ex art. 83*³⁶⁵. A ben vedere, infatti, contenuto del DGUE deve essere anche l'indicazione specifica dell'autorità pubblica o del terzo responsabile del rilascio dei documenti complementari, dovendo lo stesso includere anche una dichiarazione formale secondo cui l'operatore economico è in grado, su richiesta e senza indugio, di fornire tali documenti. Se i documenti complementari sono accessibili nella Banca dati degli operatori economici, il DGUE deve indicare anche tutte le informazioni necessarie per il loro reperimento, con la necessaria dichiarazione di consenso.

La finalità di questo strumento è chiaramente quella di semplificare, riducendoli, gli oneri amministrativi gravanti tanto sulle imprese quanto sulle amministrazioni aggiudicatrici,³⁶⁶ quantomeno nella fase di avvio della procedura, se si tiene conto che il DUGE è ideato proprio come prova documentale "preliminare". È quindi un documento necessario e sufficiente per prendere parte alla selezione³⁶⁷. L'ulteriore finalità

particolare nei casi in cui le stazioni appaltanti esercitino la facoltà prevista dal Reg. 2016/7 di chiedere agli operatori economici di rispondere "sì" o "no" a proposito del soddisfacimento di tutti i criteri di selezione richiesti. Facoltà questa che, una volta entrata a regime la Banca dati nazionale degli operatori economici, dovrebbe - almeno così si spera - divenire una regola. Così T. DI NITTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, cit., 43.

³⁶⁵ Ai sensi dell'art. 85, comma 5, D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 "La stazione appaltante può, altresì, chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 54, comma 3 o comma 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87. La stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87."

³⁶⁶ Come chiarito anche dalle Linee guida del Ministero dei Trasporti n. 3 del 18 luglio 2016 per la compilazione del modello di formulario di Documento di Gara unico Europeo (DGUE) approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016.

³⁶⁷ In merito all'obbligatorietà del DUGE, si registra una giurisprudenza che, nel confermare l'obbligo di accettazione del documento in capo alla p.a., non ne impone l'utilizzo all'impresa partecipante, rilevando che "il suo mancato utilizzo non è previsto come causa di esclusione, a tal fine rilevando, ai sensi e nei limiti dell'art. 80, solo il contenuto delle dichiarazioni in esso riportate". In questi termini T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, Sent., 14 aprile 2017, n. 1025. Tuttavia, sembra che

semplificatrice si rinviene, inoltre, nella previsione che consente il reimpiego dello stesso documento anche in più procedure, purché sia confermata la validità dei dati che questo contiene³⁶⁸.

L'effettivo risultato in termini di riduzione degli oneri, tuttavia, è raggiunto da un altro strumento di semplificazione previsto dal codice dei contratti, costituito dalla Banca dati nazionale degli operatori economici³⁶⁹. Questa, una volta divenuta pienamente operativa, dovrebbe divenire il solo mezzo per acquisire la documentazione a riprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario³⁷⁰. A ben vedere, già la normativa antecedente al 2016 conosceva la Banca dati nazionale dei contratti, istituita presso l'ANAC ai sensi dell'art. 6bis del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163,³⁷¹ disposizione poi espressamente abrogata dal d. lgs. 50/2016³⁷². Questo strumento era stato istituito in quanto, nonostante le misure di semplificazione con il tempo introdotte ed il ricorso sempre maggiore alle autocertificazioni nel settore degli appalti, i costi sostenuti sia dagli operatori per la partecipazione – in particolare, per la produzione

una tale impostazione non sia coerente con la disciplina dettata dall'art. 83, comma 9, in tema di soccorso istruttorio, applicabile nei casi di mancanza totale del documento, a pena di esclusione dalla gara e con l'obiettivo generale di ridurre i problemi legati anche all'ambigua formulazione dei moduli di ogni singola stazione appaltante.

³⁶⁸ Cfr. art. 85, comma 4, D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Questa possibilità è introdotta in conformità all'art. 59, par. 1, Direttiva 2014/24/UE e costituisce l'espressione di un obiettivo delle politiche dell'Unione Europea più ampio, volto alla creazione di un vero e proprio *virtual company dossier* sulle imprese partecipanti alle procedure di gara e del più generale principio *Only once*, in conformità al progetto TOOP (*The Only Once Principle Project*) lanciato a gennaio 2017 dalla Commissione Europea, finanziato nell'ambito del programma Horizon 2020 ed al quale prende parte anche l'ANAC. Questo progetto mira a promuovere la cooperazione *cross-border* tra le Pubbliche amministrazioni europee, prevedendo che cittadini ed imprese non debbano farsi carico di fornire i loro certificati quando si muovono all'interno dell'Unione ma che siano le Pubbliche amministrazioni a condividere le informazioni già in loro possesso, nel rispetto delle regole di riservatezza e protezione dei dati personali, sia a livello nazionale che europeo.

³⁶⁹ Cfr. art. 81 D. Lgs. 50/2016.

³⁷⁰ Ai sensi dell'art. 81, comma 1, del Codice "Fermo restando quanto previsto dagli articoli 85 e 88, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici."

³⁷¹ Articolo inserito dall'art. 20, comma 1, lett. a), D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 aprile 2012, n. 35. In merito all'attuazione della norma si veda la deliberazione dell'ANAC 20 dicembre 2012, n. 111, aggiornata dalla deliberazione 17 febbraio 2016, n. 157, con cui è stato istituito un sistema per la verifica online dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento, denominato Authority Virtual Company Passport ("AVCPass"). In relazione al regime transitorio del sistema AVCPass si veda il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 4 maggio 2016.

³⁷² Dall'art. 217, comma 1, lett. e). In realtà la Banca dati dell'ANAC è destinata a restare in aggiunta rispetto a quella gestita dal Ministero dei Trasporti, in quanto, ai sensi dell'art. 213, comma 8, la stessa opera per consentire all'ANAC di svolgere i suoi compiti istituzionali.

di informazioni sulla propria struttura organizzativa – che dalle stazioni appaltanti per la verifica successiva delle dichiarazioni erano elevati e comunque tali da impedire il celere svolgimento della procedura³⁷³.

L'art. 81 del nuovo Codice conferma il principio per il quale la documentazione comprovante i requisiti dichiarati in sede di gara dagli operatori economici è acquisita dalle stazioni appaltanti esclusivamente con la consultazione della “nuova” Banca dati gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per la cui entrata in vigore lo stesso Ministero è investito del compito dell’adozione di un apposito decreto ministeriale³⁷⁴. In proposito, dopo una prima fase di coinvolgimento con gli *stakeholder* istituzionali coinvolti, una successiva di consultazione con gli operatori economici e l’ottenimento del preventivo parere dell’ANAC³⁷⁵ e dell’AGID³⁷⁶, il Ministero ha predisposto una bozza di decreto, sul quale si è espresso favorevolmente il Consiglio di Stato³⁷⁷, che individua la data di avvio dell’operatività della Banca dati in concomitanza con l’entrata in vigore dell’obbligo di cui all’art. 40 del codice relativo all’uso di mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione³⁷⁸.

È evidente che uno dei fini principali che il codice si pone attraverso l’istituzione di questa BDOE è l’interoperabilità tra diverse banche dati, la cui importanza è ulteriormente sottolineata dalla previsione per la quale il rifiuto ovvero l’omessa effettuazione di quanto necessario a garantirne il funzionamento da parte del funzionario pubblico rappresentano elementi in grado di incidere sulla valutazione della *performance*³⁷⁹.

³⁷³ Cfr. Atto di Segnalazione n. 1 del 12 gennaio 2012 dell’AVCP, *Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici*, nel quale l’Autorità ipotizzava una riduzione di circa il 90% dei documenti cartacei, che sarebbero passati dai 15/35 milioni ai 1,5/3,5 milioni.

³⁷⁴ Ai sensi dell’art. 81, comma 2 del Codice per “per le finalità di cui al comma 1, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita l’ANAC e l’AGID, sono indicati i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria l’inclusione della documentazione nella Banca dati, i documenti diversi da quelli per i quali è prevista l’inclusione e le modalità di presentazione, i termini e le regole tecniche per l’acquisizione, l’aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. Con il medesimo decreto si provvede alla definizione delle modalità relative alla progressiva informatizzazione dei documenti necessari a comprovare i requisiti di partecipazione e l’assenza di cause di esclusione, nonché alla definizione dei criteri e delle modalità relative all’accesso e al funzionamento nonché all’interoperabilità tra le diverse banche dati coinvolte nel procedimento. A tal fine entro il 31 dicembre 2016, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in accordo con ANAC, definisce le modalità di subentro nelle convenzioni stipulate dall’ANAC, tali da non rendere pregiudizio all’attività di gestione dati attribuite all’ANAC dal presente codice”.

³⁷⁵ Formulato con delibera del 1° marzo 2018.

³⁷⁶ Espressasi con determinazione direttoriale n. 89 del 16 marzo 2018.

³⁷⁷ Cfr. Cons. St., comm. spec., 27 aprile 2018, n. 1126.

³⁷⁸ Nello specifico, si tratta del 18 ottobre 2018.

³⁷⁹ Cfr. art. 81, comma 3, D. Lgs. 50/2016.

In effetti, l'interconnessione dei dati di cui diverse pubbliche amministrazioni sono in possesso - già in parte realizzata con il sistema AVCPASS gestito dall'ANAC³⁸⁰ - è funzionale alla più ampia digitalizzazione delle procedure prevista anche dall'art. 44 del Codice. La stessa previsione risulta, inoltre, coerente con il complessivo disegno di semplificazione amministrativa delineato tanto dal d.P.R. 445/200 quanto dal Codice dell'amministrazione digitale³⁸¹, entrambi improntati alla più ampia condivisione del patrimonio informativo della pubblica amministrazione. L'istituzione della Banca dati consente, infatti, alle stazioni appaltanti l'acquisizione d'ufficio delle informazioni già in possesso di una pubblica amministrazione o di un ente comunque coinvolto nel procedimento di aggiudicazione. Questo, come in precedenza evidenziato in merito al rapporto tra dichiarazione sostitutiva e accertamento d'ufficio, dovrebbe consentire per il futuro di tendere verso una riduzione al minimo dell'obbligo per gli operatori economici di autodichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione, soprattutto in considerazione della previsione che consente alle stazioni appaltanti il reimpiego dell'esito degli accertamenti dei requisiti generali di qualificazione anche per procedure diverse rispetto a quella cui l'esito si riferisce³⁸².

La semplificazione, inoltre, non riguarda solo l'attività dell'amministrazione, posto che utenti della Banca dati sono, oltre al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e all'ANAC, anche gli operatori economici partecipanti alle procedure di aggiudicazione³⁸³.

2. La parziale *deregulation* della fase di comprova dei requisiti

Come evidenziato in precedenza, nel sistema previgente, il concorrente attestava il possesso dei requisiti di carattere generale attraverso una dichiarazione sostitutiva e poteva

³⁸⁰ In base alla relazione di accompagnamento alla Deliberazione n. 157 del 17 febbraio 2016 dell'A.N.A.C., il sistema AVCPASS è alimentato da informazioni fornite da una serie di enti convenzionati con l'ANAC, come il Ministero dell'Interno, il Ministero della Giustizia, Infocamere, INARCASSA, INPS, Agenzia dell'entrate, Accredia.

³⁸¹ Si tratta del D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Sull'argomento si veda diffusamente G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.

³⁸² Cfr. l'art. 81, comma 4, D. Lgs. 50/2016: "Gli esiti dell'accertamento dei requisiti generali di qualificazione, costantemente aggiornati, con riferimento al medesimo partecipante nei termini di efficacia di ciascun documento, possono essere utilizzati anche per gare diverse."

³⁸³ Inoltre, al fine di facilitare anche la partecipazione transfrontaliera, il D. Lgs. 50/2016 prevede il sistema elettronico *E-Certis*, che ha lo scopo di agevolare lo scambio di informazioni e documenti probatori di cui necessitano le amministrazioni aggiudicatrici. Si segnala che, in proposito, a differenza che in passato, l'art. 61 della Direttiva 2014/24/UE ha introdotto l'obbligo per gli Stati membri di garantire che le informazioni sui certificati e le altre tipologie di prove documentali ivi inserite siano sempre aggiornate.

documentare la sussistenza dei requisiti speciali o attraverso SOA, in caso di appalti di lavori di valore superiore a € 150.000,00, oppure mediante le referenze specificamente richieste per la qualificazione di servizi e forniture.

Come chiarito dalla giurisprudenza, il legislatore aveva configurato la procedura di gara distinguendo tra la fase di verifica del possesso dei requisiti di carattere generale ai sensi dell'art. 38, quella di controllo sul possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi disciplinata dall'art. 48 e il successivo momento di apertura delle buste, con individuazione dell'aggiudicatario provvisorio³⁸⁴.

Il controllo dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, in particolare, si svolgeva attraverso la richiesta di produrre la documentazione indicata nella *lex specialis* o nella lettera di invito. Questa fase veniva svolta nel momento che precedeva l'apertura delle buste e avveniva con la richiesta ad un numero di partecipanti non inferiore al dieci per cento delle offerte pervenute, scelti con sorteggio pubblico, di produrre prova del possesso dei requisiti dichiarati entro il termine di dieci giorni, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Era, inoltre, applicabile a tutti gli appalti – di servizi, lavori o forniture, sopra o sottosoglia – con esclusione delle ipotesi di limitazione del numero dei candidati da invitare³⁸⁵.

Se pure il controllo su un campione di operatori economici ricordava la previsione del controllo a campione sulle dichiarazioni sostitutive nel caso di dubbi sulla veridicità delle stesse disciplinato dall'art. 71 d.P.R. 445/2000³⁸⁶, si trattava, a ben vedere, di un sistema ben più gravoso per i partecipanti alla gara, chiamati essi stessi – in luogo dell'amministrazione o dell'ente certificante - a produrre la documentazione necessaria per la prova o ad indicare gli elementi necessari per l'accertamento d'ufficio ad opera della

³⁸⁴ “Le tre riassunte fasi sono prefigurate nei sensi della rigorosa progressione, al preordinato fine di evitare che l'eventuale inversione dell'*ordo procedendi* (e, segnatamente, l'ipotetica apertura delle buste economiche *prima* della verifica dei requisiti soggettivi) possa alterare, anche solo potenzialmente, la *par condicio* tra i concorrenti, nonché la trasparenza e l'imparzialità della funzione amministrativa, ond'è che – in definitiva – la fase di verifica deve necessariamente precedere l'apertura delle buste e la conoscenza delle offerte economiche”. Cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 28 aprile 2011, n. 783)

³⁸⁵ In realtà l'AVCP, con la determinazione n. 5 del 21 Maggio 2009, *Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D. LGS. n. 163/2006*, aveva espressamente escluso la necessità della verifica per gli appalti di lavori pubblici di importo superiore a € 150.000, sottoposti alla necessità della qualificazione SOA.

³⁸⁶ Ai sensi del quale “1. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47. 2. I controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'amministrazione procedente con le modalità di cui all'articolo 43 consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante ovvero richiedendo alla medesima, anche attraverso strumenti informatici o telematici, conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi [...]”.

medesima amministrazione prima di aver anche ottenuto l'aggiudicazione. La stessa AVCP, nelle Linee guida per l'applicazione dell'art. 44, aveva riconosciuto la maggiore gravosità della procedura per l'operatore, data dalla differenza del procedimento ex art. 48 rispetto alla disciplina generale in materia di autocertificazione secondo l'art. 71 del d.P.R. 445/2000. Tuttavia, anche a questa ipotesi l'AVCP riteneva applicabile l'art. 43, comma 1, del testo unico, affermando che "deve, quindi, ammettersi la possibilità per l'operatore economico di adempiere all'obbligo probatorio depositando nei termini dichiarazione circa il possesso da parte della stazione appaltante dei documenti richiesti, ove conservino validità". La maggiore gravosità era giustificata dal "particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica."³⁸⁷

Lo stesso art. 48 prevedeva, poi, che il medesimo controllo dovesse essere disposto, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche sull'aggiudicatario e sul concorrente che lo seguiva in graduatoria, qualora gli stessi non fossero stati compresi fra i concorrenti sorteggiati.

Era esclusa l'applicabilità della previsione in argomento, invece, alla verifica della veridicità delle dichiarazioni rese circa l'assenza di cause di esclusione, rimessa alla stazione appaltante secondo l'ordinaria disciplina dei controlli sulle dichiarazioni sostitutive ex art. 71 d.P.R. 445/2000. In particolare, l'art. 38, comma 3, prevedeva che ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, si applicasse l'art. 43 d.P.R. 445/2000, restando fermo l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva³⁸⁸.

³⁸⁷ Cfr. AVCP, Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, che ha confermato l'interpretazione dell'art. 48 anche alla luce delle modifiche apportate dall'art. 15 della l. n.183/2011 agli artt. 40 e 43 d.P.R. 445/2000, stabilendo la valenza generale del principio autocertificatorio e l'obbligo dell'accertamento d'ufficio. Sulla giustificazione dei maggiori oneri incombenti sul privato in considerazione delle peculiarità del rapporto da instaurarsi con l'amministrazione anche cfr. Cons. St., sez. III, ordinanza n. 2226/2012.

³⁸⁸ Nello specifico, ai sensi dell'art. 38, comma 3, D. Lgs.163/2006, "Ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo, si applica l'articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; resta fermo per le stazioni appaltanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva. In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'articolo 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002".

Il sistema attualmente in vigore, invece, conferma, anche in tema di verifiche, l'intento semplificatore che ha ispirato il legislatore anche nella disciplina relativa alle dichiarazioni da rendersi per la partecipazione alla procedura di gara. Se, come visto, uno dei maggiori strumenti di snellimento del procedimento e di riduzione degli oneri è rappresentato dalla Banca dati nazionale degli operatori economici, è attraverso questa che devono passare le verifiche circa la veridicità di quanto dichiarato della DUGE.

In effetti, ai sensi dell'art. 85, la stazione appaltante procede alle verifiche, in primo luogo, attraverso la BDOE. Se i documenti complementari non sono presenti, si rivolgerà all'operatore economico, il quale, come già ricordato, compilando il DUGE deve rendere una dichiarazione di impegno formale a produrre tutta la documentazione di comprova circa quanto dichiarato nello stesso.

Il medesimo art. 85, comma 5, prevede per la stazione appaltante la facoltà di chiedere tali documenti nel corso della procedura ad uno o più partecipanti, ma esclusivamente nel caso in cui la richiesta sia necessaria per assicurare il corretto svolgimento della procedura. Gli operatori economici hanno evidentemente l'obbligo di soddisfare la richiesta, tranne che nelle ipotesi in cui la stessa stazione appaltante sia già in possesso dei documenti o i medesimi si trovino nella Banca dati. Tuttavia, la stazione appaltante è vincolata ad accettare esclusivamente i mezzi di prova previsti dall'art. 86³⁸⁹, dall'allegato XVII al codice - per i criteri di selezione che attengono alla capacità economica e finanziaria ed alla capacità tecnica - e dall'art. 87 per ciò che attiene alle certificazioni di qualità.

Coerentemente con la *ratio* del nuovo sistema che si rinviene nei principi di delega contenuti nella legge n. 11/2016, il legislatore tiene ferma, in ogni caso, la possibilità per gli operatori economici di “avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo documentale per provare che essi disporranno delle risorse necessarie” e che “soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste”; allo stesso modo, l'operatore economico che non fosse in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la

³⁸⁹ Nello specifico, il comma 2, dispone che, come prova della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, le stazioni appaltanti debbano accettare, per quanto riguarda i commi 1, 2 e 3 di detto articolo, il certificato del casellario giudiziario acquisito d'ufficio o in sua mancanza, un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro o del Paese; per quanto riguarda il comma 4 di detto articolo, tramite apposita certificazione rilasciata dalla amministrazione fiscale competente e, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, tramite il Documento Unico della Regolarità Contributiva ovvero tramite analogo certificazione rilasciata dalle autorità competenti di altri Stati.

propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante³⁹⁰.

Infine, per i soggetti esecutori di lavori pubblici di importo superiore a € 150.00,00 anche il nuovo codice ha confermato che il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionali, oltre che l'assenza dei motivi di esclusione, sia provato mediante attestazione da parte degli appositi organismi di attestazione (SOA)³⁹¹. In ogni caso, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di effettuare controlli, almeno a campione, secondo modalità predeterminate, sulla sussistenza dei requisiti oggetto dell'attestazione, segnalando immediatamente le eventuali irregolarità riscontrate all'ANAC, che dispone la sospensione cautelare dell'efficacia dell'attestazione dei requisiti entro dieci giorni³⁹².

Da quanto brevemente illustrato, emerge come le plurime modalità di attestazione dei requisiti che gli operatori economici possono utilizzare siano delineate dal D.lgs. 50/2016 attorno all'autodichiarazione preliminare costituita dal DUGE, di cui è quindi riconosciuta la centralità come vero e proprio strumento di semplificazione e riduzione degli oneri in capo ai concorrenti.

La verifica circa la veridicità della dichiarazione resa e la comprova da parte degli aspiranti aggiudicatari, invece, a differenza che in passato, non sono sottoposte ad un termine espresso. Il mancato rispetto del termine - e la sua natura perentoria o ordinatoria nel caso della richiesta rivolta all'aggiudicatario – erano un rilevante motivo di contenzioso durante la vigenza del precedente sistema³⁹³. L'attuale formulazione, invece, non contiene alcun riferimento temporale, lasciando sostanzialmente in capo alla stazione appaltante la gestione della procedura di verifica. L'unica indicazione che si rinviene all'art. 85, comma

³⁹⁰ Secondo R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, cit., 1035, il nuovo codice avrebbe fissato la tassatività e tipicità dei mezzi di prova in senso bidirezionale, valendo il principio tanto per le richieste provenienti dalla stazione appaltante quanto per le prove offerte dai partecipanti. L'opinione deriverebbe dalla considerazione per cui la possibilità di avvalersi di qualsiasi mezzo documentale idoneo per provare che disporrà delle necessarie risorse sarebbe riferito al solo avvalimento.

³⁹¹ I SOA sono sottoposti ad autorizzazione, monitoraggio e controllo da parte dell'ANAC. Cfr. art.84, commi 1 e 2.

³⁹² Cfr. art. 84, comma 6.

³⁹³ Sulla perentorietà del termine di comprova la giurisprudenza era consolidata, ritenendo i giudici amministrativi che lo stesso fosse derogabile solo in caso di accertata non imputabilità del ritardo all'impresa, ma alla stessa stazione appaltante o in ipotesi di forma maggiore. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3791; sez. VI, 28 settembre 2012, n. 5138; sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810; sez. V, 13 dicembre 2010, n. 8739. Sul punto si era pronunciata anche la Corte Costituzionale, ord. 13 luglio 2011, n. 211, che ne aveva riconosciuto natura strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Sulla natura del termine previsto dall'art. 48, comma 2, invece, questione era definitivamente intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ne aveva riconosciuto la perentorietà in analogia al comma precedente ed in considerazione della *ratio* della disciplina. Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 10.

5, è relativa ad una fase successiva all'individuazione dell'aggiudicatario; infatti, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante deve richiedere all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto³⁹⁴ di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'art. 86 e, se del caso, all'art. 87. In ogni caso, in aggiunta, la stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87.

Della sostanziale *deregulation* sul punto, rispetto alla previgente disciplina, ha preso atto anche l'ANAC³⁹⁵, la quale, rilevando l'assenza di specifiche indicazioni del codice in ordine a modalità e tempi delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti di partecipazione, ha ritenuto di poter ricavare indicazioni operative dal combinato disposto dell'art. 85, comma 5, D.lgs. 50/2016 e dell'art. 71 d.P.R. 445/2000. In questo senso, ferma restando l'obbligatorietà del controllo prima dell'aggiudicazione al primo classificato, durante lo svolgimento della procedura, le stazioni appaltanti sono sottoposte ad un generico obbligo di verifica dei requisiti generali e speciali, anche ai sensi dell'art.83 comma 8³⁹⁶, controllando tanto la completezza quanto la conformità delle dichiarazioni a quanto prescritto dal bando. Le stazioni appaltanti possono procedere al controllo della veridicità e sostanza di tali autodichiarazioni anche a campione e, in ogni caso, ogni volta che questo si renda necessario per assicurare la correttezza della procedura, specialmente nell'ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle stesse. In questo ambito, pertanto, emergerebbe uno dei casi in cui si esplica la maggiore discrezionalità che il nuovo codice sembrerebbe aver attribuito, in generale, alle stazioni appaltanti con l'intento di superare eccessivi formalismi e soddisfare, ancora una volta, esigenze di snellezza e semplificazione³⁹⁷. La maggiore libertà di scelta di cui le amministrazioni

³⁹⁴ Tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 54, comma 3 o comma 4, lettera a). In merito, si evidenzia che l'art. 54 D. Lgs. 56/2017 ha modificato parzialmente l'art. 85, comma 5, D. Lgs. 50/2016, eliminando l'obbligo di controllo anche per il secondo classificato, con lo scopo di allineare il contenuto della norma nazionale all'art. 59, par.4, della Direttiva 2014/24/UE.

³⁹⁵ Cfr. Comunicato del Presidente del 08 novembre 2017.

³⁹⁶ Ai sensi del quale "Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite".

³⁹⁷ Sul punto si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, cit., 1052 che, prendendo atto della deprocedimentalizzazione della fase di controllo, ne propone una ricostruzione esegetica che prende le mosse da un'interpretazione sistematica tra queste disposizioni, l'art. 29 del nuovo Codice e l'art. 120 c.p.a. Nello specifico, il primo fa espressa menzione del "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali"; il secondo ne prescrive l'immediata impugnazione. Da questo discenderebbe le

godono, sembra, tuttavia, sottoposta quasi ad un obbligo di motivazione rafforzato in ordine alla decisione di chiedere ad alcuni concorrenti il riscontro delle affermazioni contenute del documento unico di gara; la previsione appare peraltro coerente con il principio di tempestività, che rientra tra i canoni generali a cui l'art. 30, comma 1, D.lgs. 50/2016 assoggetta tutte le procedure di evidenza pubblica³⁹⁸.

3. Il soccorso istruttorio negli appalti pubblici: il difficile bilanciamento tra il principio del *favor participationis* e la *par condicio* tra i concorrenti

Nell'esame delle problematiche afferenti alle dichiarazioni rese dai partecipanti alle procedure di aggiudicazione di un contratto pubblico e alla loro idoneità a contribuire a fondare l'emanazione di una scelta dell'amministrazione ampliativa della sfera giuridica dei privati – in questo caso l'aggiudicazione in favore del primo classificato - l'analisi non può non soffermarsi sul tema del c.d. soccorso istruttorio.

In linea generale, l'istituto si riferisce al potere dell'amministrazione di richiedere al privato che aspira all'ampliamento della propria sfera giuridica la produzione di documentazione integrativa o il completamento di elementi necessari per la prosecuzione utile del procedimento amministrativo. La *ratio* dell'istituto si riconduce ai principi del buon andamento, leale collaborazione tra amministrazione e privato, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa ed all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma, con il limite della carenza dei c.d. elementi essenziali della domanda. Il fondamento positivo generale si rinviene nell'art. 6 legge n. 241/90 che attribuisce al responsabile del procedimento tutti i compiti inerenti l'istruttoria, tra cui “[...] il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni rese o istanze erronee o incomplete [...]”, considerate attività rientranti tra le misure idonee all'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria³⁹⁹.

necessità di una fase di valutazione di tutte le tipologie di requisito, da concludersi con provvedimento espresso, pena l'impossibilità di decorrenza del termine di impugnazione. Sul maggior grado di discrezionalità introdotto dal nuovo Codice e sui rischi a questa connessi si veda L. TORCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 607, che evidenzia come, a ben vedere, il problema centrale sia la costruzione della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti, su cui basare un esercizio della discrezionalità che porti a scelte attendibili e adeguate dal punto di vista tecnico. In questo senso un elemento di novità rilevante è rappresentato dalla qualificazione delle stazioni appaltanti.

³⁹⁸ La disposizione, in particolare, prevede che “L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.”.

³⁹⁹ Sull'art. 6 e sui poteri e doveri di soccorso istruttorio cfr. P LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, cit., 262 ss. e M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*,

Anche la disciplina in materia di documentazione amministrativa ribadisce l'importanza del rispetto del principio di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa, prescrivendo il compito di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni sostitutive rese nel procedimento in capo al responsabile e subordinando a questo adempimento la prosecuzione del procedimento⁴⁰⁰.

La giurisprudenza ha contribuito a delimitare gli esatti confini dell'area di operatività dell'istituto con riferimento alla pluralità di procedimenti amministrativi in cui esso può venire in rilievo: oltre al rispetto del limite dei c.d. elementi essenziali, è necessario che vi sia quantomeno un principio di prova, intendendosi che i documenti già raccolti devono far sorgere un ragionevole dubbio circa il possesso di uno specifico requisito o la sussistenza di un determinato elemento. È, inoltre, pacificamente riconosciuta la necessità di rispettare la *par condicio* tra i diversi soggetti partecipanti a procedure di valutazione comparativa, nel senso che al soccorso istruttorio non può procedersi nel caso in cui lo stesso possa provocare danno a coloro i quali avevano diligentemente fornito la documentazione necessaria all'istruttoria⁴⁰¹. Da un lato, quindi, soprattutto nelle procedure selettive e concorsuali, l'istituto risulta rispondere al *favor participationis*; dall'altro, tuttavia, deve essere bilanciato con l'interesse al celere e ordinato svolgimento del procedimento, evitando che la sua applicazione dilati eccessivamente la durata dello stesso⁴⁰², in ossequio al principio – pure ribadito più volte dalla giurisprudenza – della completezza delle dichiarazioni come valore a sé stante e imprescindibile nelle procedure ad evidenza pubblica⁴⁰³.

In merito al carattere facoltativo o doveroso del soccorso, dopo una risalente interpretazione pretoria che propendeva nel primo senso, in considerazione del fatto che l'esperimento dello stesso sarebbe espressione di discrezionalità amministrativa⁴⁰⁴, oggi la

Milano, Giuffrè, 2011, 434 ss. Del soccorso istruttorio, diffusamente anche in materia di appalti, si è occupato a E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁴⁰⁰ Ai sensi dell'art. 71, comma 3, d.P.R. 445/2000 "Qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità. Questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza il procedimento non ha seguito."

⁴⁰¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248.

⁴⁰² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6291; sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471.

⁴⁰³ Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5869; Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2016 n. 3014.

⁴⁰⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6565; sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5609.

giurisprudenza ne predica per lo più la doverosità, naturalmente al ricorrere dei presupposti e delle condizioni legittimanti, in ossequio al principio del buon andamento⁴⁰⁵.

Nel settore specifico dei contratti pubblici, all'istituto è stata accordata una particolare attenzione sia da parte del legislatore che dell'interpretazione pretoria, essendo stato fino ad ora uno dei maggiori profili di contenzioso tra operatori economici e stazioni appaltanti. L'originaria formulazione dell'art. 46⁴⁰⁶ prevedeva che le stazioni appaltanti invitassero, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti sul contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentate. La norma veniva interpretata in modo rigoroso e restrittivo, proprio in vista del bilanciamento dei principi potenzialmente antitetici del *favor participationis* e della *par condicio* ed aveva certamente contribuito a delimitarne la portata l'Adunanza Plenaria, chiamata nel 2014 a dirimere alcuni contrasti interpretativi esistenti sul punto⁴⁰⁷. Il Collegio, in particolare, aveva stabilito che, in primo luogo, il soccorso istruttorio si risolve, sia in base al tenore letterale della norma che alla sua *ratio essendi*, “non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione”, costituendo un'applicazione del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3 legge n. 241/90, che impone all'amministrazione di superare la mera forma e di verificare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara. Tuttavia, pur costituendo un dovere, lo stesso istituto richiede un'applicazione rigorosa, frutto della necessità di evitare l'alterazione della *par condicio*, la violazione del canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, l'inosservanza del divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando e l'elusione della natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura. Allo stesso tempo, l'interpretazione rigorosa è imposta anche dal principio di autoresponsabilità dei concorrenti.

In merito al concreto perimetro di applicazione del soccorso istruttorio, la Plenaria ha ribadito la necessità di distinguere tra i concetti di “regolarizzazione documentale” ed “integrazione documentale”, escludendone l'applicazione nel caso di omissioni di adempimenti previsti a pena di esclusione dalla legge di gara⁴⁰⁸. Inoltre, è stato ribadito il

⁴⁰⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 25 febbraio 2014, n.9.

⁴⁰⁶ L'articolo, in quanto espressione di principio generale, era ritenuto applicabile anche alle concessioni ai sensi dell'art. 30, comma 3, D. Lgs. 163/2006.

⁴⁰⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 25 febbraio 2014, n.9.

⁴⁰⁸ Nello specifico, il Collegio ha argomentato che “la linea di demarcazione discende *naturaliter* dalle qualificazioni stabilite *ex ante* nel bando, nel senso che il principio del “soccorso istruttorio” è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una

rilievo dell'istituto per il completamento di dichiarazioni o documenti già presentati solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa e non, invece, per carenze relative all'offerta, salva la rettifica di errori materiali o refusi. È stato, peraltro, ritenuto che la regola potesse subire attenuazioni in caso di ambiguità della *lex specialis*, in vista della tutela dell'affidamento dei concorrenti in buona fede⁴⁰⁹.

Ulteriormente, l'interpretazione pretoria ne ha escluso l'operatività per attestare un requisito non posseduto al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte⁴¹⁰ o ancora per la sanatoria delle dichiarazioni, pure rese, ma non veritiere⁴¹¹, fattispecie sulla cui l'analisi ci si soffermerà in seguito. In merito alla fase della procedura nella quale il soccorso istruttorio può venire in rilievo, la giurisprudenza ne ha negato l'applicabilità in fasi del procedimento successive rispetto alla verifica delle dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di ammissione, escludendone, quindi, l'operatività nel momento della comprova dei requisiti e ritenendo non sanabile con il soccorso istruttorio l'omessa presentazione della documentazione richiesta dalla stazione appaltante ex art. 48 D.lgs. 163/2006. Questa impostazione era basata sia sul tenore letterale dell'art. 46, comma 1, che obbligava al soccorso istruttorio nei limiti previsti dagli articoli 38 a 45, sia su considerazioni di ordine operativo, non tollerando la fase di comprova dilatazioni date da ulteriori interlocuzioni tra amministrazione e concorrente sulla sufficienza della documentazione presentata inizialmente. Secondo questa esegesi, diversa sarebbe la verifica circa la completezza delle dichiarazioni per l'ammissione alla gara rispetto al controllo sull'effettivo possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-operativa dichiarati⁴¹².

In senso contrario, tuttavia, l'AVCP⁴¹³, in precedenza, e l'ANAC più di recente⁴¹⁴ hanno sostenuto l'applicabilità dell'istituto anche alla fase di comprova dei requisiti,

clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi".

⁴⁰⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2014, n. 507; sez. V, 16 marzo 2016, n. 1039.

⁴¹⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 6.

⁴¹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412.

⁴¹² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1594; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 19 settembre 2016, n. 4353.

⁴¹³ Cfr. Determinazione n. 5 del 21 Maggio 2009, *Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del D. LGS. n. 163/2006*.

⁴¹⁴ Cfr. parere di precontenzioso ex art. 6, comma 7, lett. n) del d. lgs. 163/2006 n. 955 del 7 settembre 2016, a mente del quale "Il potere dovere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46 del Codice può trovare applicazione nell'ambito del procedimento di verifica del possesso dei requisiti.

consentendo all'amministrazione di chiedere gli opportuni chiarimenti o completamenti, senza che questo di per sé possa far ritenere violata la *par condicio*.

La concreta operatività del soccorso istruttorio è stata indirettamente ampliata con l'introduzione del principio della c.d. tassatività delle cause di esclusione, attraverso l'aggiunta del comma *1 bis* all'art. 46 ad opera del d.l. 13 maggio 2011, n. 70⁴¹⁵: lo scopo della nuova previsione era evitare il proliferare di eccessivi formalismi, facendo in modo che solo vizi radicali, tali da determinare incertezza assoluta sul soggetto partecipante o sull'oggetto dell'offerta, o la violazione del segreto dell'offerta, potessero giustificare l'esclusione⁴¹⁶. La novella al codice aveva evidentemente ridotto fortemente la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. autoregolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che il soggetto pubblico non aveva più la facoltà di inserire nel bando, oltre ai casi previsti dalla legge, la previsione che un adempimento sostanziale, formale o documentale fosse richiesto a pena di esclusione.

I requisiti di partecipazione relativi alla capacità tecnica, se sussistenti al momento della presentazione delle offerte, possono essere documentati in applicazione della procedura di soccorso istruttorio in sede di verifica ex art. 48 del Codice, giacché, in tal caso, l'integrazione documentale successiva non viola il principio di *par condicio* e non altera il libero confronto concorrenziale.”

⁴¹⁵ Disponeva l'art. 46, comma *1 bis*: “La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

⁴¹⁶ Si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, cit., 1059.

Sull'istituto ha poi inciso l'introduzione del comma *2bis* all'art. 38⁴¹⁷ e del comma *3bis* all'art. 46⁴¹⁸, che ne hanno fortemente ampliato la portata anche ben oltre i principi enucleati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

In sintesi, il nuovo sistema permetteva di integrare la documentazione anche con riferimento a carenze documentali ed irregolarità "essenziali", facendo salva la mancanza della domanda o dell'offerta e degli elementi essenziali di questa. Le carenze delle dichiarazioni rese, quindi, potevano essere sanate, previo pagamento di una sanzione⁴¹⁹ entro il termine fissato dalla stazione appaltante e l'esclusione era configurata come una conseguenza dell'omessa integrazione, non più della carenza originaria. L'art. 46, comma *3bis*, prevedeva che la procedura di soccorso istruttorio delineata dall'art. 38, comma *2bis*, si applicasse "a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

⁴¹⁷ Comma introdotto dall'art. 39, comma 1, DL 90/2014 in vigore dal 25/06/2014, quindi integrato dalla L 114/2014 in vigore dal 19/08/2014, a mente del quale "La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte."

⁴¹⁸ *comma aggiunto dall'art. 39, comma 2, d.l. 90/2014 in vigore dal 25/06/2014, quindi integrato dalla legge n. 114/2014 in vigore dal 19/08/2014.* Ai sensi di questa previsione "Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

⁴¹⁹ In riferimento alla previsione del pagamento della sanzione pecuniaria, si è di recente espressa la Corte di Giustizia sulle domande di pronuncia pregiudiziale proposte, ex art. 267 TFUE, dal TAR Lazio con ordinanze del 13 e del 15 luglio 2016. Nella sentenza, la Corte ha stabilito che non è incompatibile in linea di principio con le previsioni delle direttive europee e con i principi dell'ordinamento comunitario che singoli punti di un'offerta possano essere corretti o completati, specie se necessitano di un semplice chiarimento, e anche se tale soccorso istruttorio richieda il pagamento di una sanzione da parte del partecipante. Tuttavia, secondo la Corte, è necessario, in primo luogo, che l'importo rimanga conforme al principio di proporzionalità. Di contro, non sarebbe compatibile con l'ordinamento europeo una normativa che consentisse di porre rimedio alla mancanza di un documento che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, deve portare alla sua esclusione, o di eliminare le irregolarità che inficiano la sua offerta in modo tale che le correzioni o modifiche apportate finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta. Cfr. Corte Giustizia Unione Europea, 28 febbraio 2018 (C-523/16 e C-536/16).

La novella ha, quindi, esteso fortemente la portata dell'istituto, perché ha consentito non solo di integrare, ma anche di produrre per la prima volta documenti o dichiarazioni omesse, tenendo fermo il limite della non modificabilità dell'offerta, della riconducibilità della stessa e delle dichiarazioni al concorrente e dell'effettivo possesso dei requisiti alla scadenza del termine di presentazione delle domande. Le ipotesi che potevano presentarsi erano, dunque, quattro: mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale dell'offerta tecnica o economica, non sanabile; irregolarità essenziali non sanabili, cioè tutte quelle che non consentono di individuare il contenuto dell'offerta o il soggetto a cui riferirla⁴²⁰; carenze, incompletezze o irregolarità essenziali, sanabili dietro pagamento; irregolarità formali o comunque non essenziali, non soggette a necessità di regolarizzazione.

In sostanza, secondo alcuni interpreti la novella del 2014 ha formalizzato e positivizzato un principio sostanzialistico nella valutazione dei requisiti, volto ad evitare esclusioni di operatori economici dalla dinamica concorrenziale solo per carenze formali⁴²¹.

3.2 Il soccorso istruttorio nel nuovo codice degli appalti

Anche nel codice dei contratti del 2016 il legislatore ha riproposto l'istituto del soccorso istruttorio⁴²², al quale è dedicato l'art. 83, comma 9⁴²³. La nuova disciplina, che

⁴²⁰ Sul punto, anche l'ANAC ha specificato che l'innovazione normativa aveva superato il contrasto giurisprudenziale tra pronunce che sostenevano interpretazioni sostanzialistiche e decisioni, invece, valorizzavano la completezza delle dichiarazioni come valore da tutelare di per sé. L'Autorità ha, quindi, fornito una definizione articolata di irregolarità essenziali. Cfr. Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, *Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*.

⁴²¹ Sulla portata della novella cfr. P. CERBO, *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e app.*, 2014, 12, 1293; R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *federalismi.it*, 2014, 15, che ha ritenuto che sia la portata dell'art. 46, comma 1, che la sua interpretazione declinata dalla Plenaria n. 14/2014, fossero state parzialmente superate, con specifico riferimento alle dichiarazioni, sostitutive (art. 38, comma 2bis) o anche di altro genere (art. 46, c. 1ter), in quanto la loro mancanza, o la loro incompletezza o irregolarità formale "essenziale", prima ritenute insanabili, da quel momento in poi sono divenute sanabili.

⁴²² Sul "nuovo" soccorso istruttorio si veda A. MANZI, P. CARUSO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 8-9, 907; S. USAL, *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti – il commento*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 10, 1134; T. DI NITTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, cit.; L. TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 1, 127.

⁴²³ L'art. 83, comma 9, modificato dal D. Lgs. 56/2017, testualmente dispone "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo

per molti aspetti ricalca la precedente, è ispirata alla medesima *ratio* che aveva guidato il legislatore del 2014 nella modifica dell'art. 38, ossia l'esclusione del concorrente per difetto effettivo dei vizi sostanziali e non per carenze documentali afferenti ai requisiti, se effettivamente posseduti. Si è, quindi, confermata la dequotazione dei vizi formali, ferma restando la necessità dell'effettivo possesso dei requisiti al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande fissato dal bando di gara. Alla stazione appaltante, pertanto, è imposto di predisporre un'istruttoria finalizzata alla completezza documentale, prima della valutazione circa l'ammissibilità della domanda⁴²⁴. L'esclusione dalla gara, quindi, potrebbe essere disposta solo in caso di inottemperanza alla richiesta di integrazione nel termine fissato dalla stazione appaltante o nel caso di effettiva carenza delle condizioni di partecipazione, costituenti causa tassativa di esclusione.

Nel dettaglio, la disposizione prescrive espressamente detta fase procedimentale per sanare "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda". In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DUGE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente deve essere escluso dalla gara. Specifica, inoltre, la disposizione che costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Giova evidenziare che, rispetto alla prima stesura del codice, la formulazione della norma è stata modificata, eliminando la necessità del pagamento della sanzione per regolarizzare le carenze essenziali sanabili e la necessità di regolarizzare, pure se gratuitamente, le irregolarità formali, con questo adeguando il testo ai rilievi formulati dal parere del Consiglio di Stato⁴²⁵ ed espungendo al contempo una previsione che avrebbe

85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa". *L'istituto si applica anche ai settori speciali e alle concessioni, in virtù di espresso richiamo all'art. 133, comma 1, e all'art. 164, commi 2 e 4.*

⁴²⁴ In questi termini R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, cit., 1067.

⁴²⁵ Il Consiglio di Stato aveva evidenziato la dubbia conformità alla previsione della legge delega, che prevede forme di "integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda" (cfr. legge 28 gennaio 2016, art. 1, comma z), pur evidenziando perplessità in ordine alla

potuto essere considerata in violazione del c.d. divieto di *gold plating*⁴²⁶ fissato dall'art. 1 della legge delega 11/2016. A questa eliminazione, tra l'altro, si è accompagnato l'inserimento della previsione per cui la mancata utilizzazione del soccorso istruttorio è uno dei diversi parametri da valutare, ai sensi del comma 10 dell'art. 83, ai fini del c.d. *rating* di impresa, accogliendo un ulteriore suggerimento del Consiglio di Stato volto ad evitare che la mancata previsione di un onere economico possa agevolare comportamenti poco virtuosi da parte delle imprese⁴²⁷.

In sintesi, al pari del passato, non sembra che il soccorso istruttorio possa essere applicato nei casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta tecnica ed economica⁴²⁸, oltre che per le irregolarità essenziali non sanabili della

scelta del legislatore delegante, che sembra aver deresponsabilizzato del tutto le imprese. In questa prospettiva, nell'ottica della massima semplificazione seguita dal legislatore, il Consiglio di Stato aveva suggerito al Governo di tenere ferme due fattispecie alternative: le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecuniaria. Cfr. Cons. St., comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855. I dubbi erano confermati da R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 511. La stessa Autrice, nel dare atto della modifica apportata dal correttivo del 2017, sottolinea come, in disparte in rilievo circa la difformità rispetto alla delega, il vero problema relativo al soccorso istruttorio a pagamento era costituito dalla previsione dello stesso come "sanzione", con possibili dubbi di compatibilità con i principi dettati in materia di sanzioni amministrative dalla legge 24 novembre 1981, n. 689. Nulla avrebbe, tuttavia, impedito di tenere fermo il pagamento di una somma non qualificata in termini sanzionatori come copertura dei costi della fase aggiuntiva. Cfr. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, cit., 1070. Sul tema dell'onerosità del soccorso istruttorio e sulla sua generale ammissibilità nell'ordinamento si è pronunciato più di recente il Consiglio di Stato, nel parere sul correttivo al nuovo codice, rilevando come in una prospettiva generale, occorre considerare che, a fronte dell'ampio perimetro di operatività del soccorso istruttorio, è ragionevole far gravare sul concorrente che vi ha dato causa, se non una sanzione, quanto meno le spese sostenute dalla stazione appaltante (e in ultima analisi dalla collettività) derivanti dall'aggravio procedimentale e dalla dilatazione dei tempi necessari per realizzare la prescritta integrazione documentale. Cfr. Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782.

⁴²⁶ Espressione che indica il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee da recepire. In relazione all'onerosità del soccorso istruttorio ed alla possibile violazione del criterio di delega cfr. P. PROVENZANO, *Il soccorso istruttorio nel nuovo Codice degli appalti: pre e post D. Lgs. n. 56 del 2017*, in *Il diritto dell'economia*, 2017, 3, 833. In generale, sul divieto di *gold plating* si veda L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit., e A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴²⁷ Cfr. Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782

⁴²⁸ Una delle ipotesi che in passato avevano maggiormente impegnato la giurisprudenza nella valutazione circa la possibilità di esclusione automatica o l'obbligo di soccorso istruttorio era l'omessa indicazione, all'interno dell'offerta, degli oneri di sicurezza sostenuti dall'operatore. Sul punto il Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo 2015, n. 3, aveva affermato che anche per i contratti pubblici di lavori fosse necessario indicare in modo espresso gli oneri di sicurezza interni, con conseguente necessità di esclusione anche nel caso in cui non vi fosse una previsione espressa nella legge di gara, perché configurante un'ipotesi di mancato adempimento alle prescrizioni codicistiche,

documentazione presentata, come quelle che non consentono l'individuazione del contenuto della domanda o del soggetto responsabile della stessa. Potrebbe, invece, operare in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità non essenziale dell'offerta tecnica ed economica, ipotesi ricavabile a contrario dalla dichiarata impossibilità di applicarlo alle carenze o irregolarità essenziali afferenti all'offerta tecnica ed economica⁴²⁹.

Come in precedenza, quindi, il soccorso istruttorio è proceduralizzato, considerato il termine non superiore a dieci giorni per regolarizzare la carenza, il cui inutile decorso determina l'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara. Ugualmente, come nel sistema previgente, può ritenersi che l'applicazione dell'istituto sia doverosa, costituendo ormai una norma generale nell'ambito della contrattualistica pubblica, che porrebbe in capo al privato un vero e proprio interesse legittimo⁴³⁰.

in gradi di determinare incertezza sul contenuto dell'offerta per difetto di un suo elemento essenziale. La Corte Giustizia dell'Unione Europea, sez. VI, 10 novembre 2016 n. C-140/16 (e 2 giugno 2016, C-27/17) aveva chiarito che i principi eurounitari ostano all'esclusione automatica di un'impresa quando un determinato obbligo non sia previsto dal bando o dal diritto vigente, ma solo da una particolare interpretazione giurisprudenziale o dei documenti della procedura di gara, sicché deve essere consentita all'operatore economico l'integrazione della documentazione entro un termine congruo. Sulla scorta di tali principi, il Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 19, ha chiarito che l'esclusione automatica può essere disposta solo se previsto dalla *lex specialis* e se dal punto di vista sostanziale l'offerta non rispetta effettivamente i costi minimi.

L'attuale formulazione dell'art. 95, comma 10, D. Lgs. 50/2016 prescrive l'indicazione separati dei costi della sicurezza nell'offerta economica, che non è passibile di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9. Le prime pronunce in materia sembrano aver confermato la nuova impostazione seguita dal legislatore, giudicando legittima l'esclusione dell'operatore in virtù delle previsioni codicistiche ed anche in caso di mancanza di una espressa indicazione nel bando. In questo senso cfr. Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2018, n. 518; T.A.R. Campania, Sez. I, 25 ottobre 2017, n. 1527; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7 settembre 2017, n. 577. Tuttavia, altra giurisprudenza, (T.A.R. Campania, Sez. VIII, 3 ottobre 2017, n. 4611; Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554) ha ritenuto ammissibile il soccorso istruttorio nel caso in cui non ci sia incertezza sulla congruità dell'offerta ed il bando non commini in modo espresso la sanzione dell'esclusione per l'omessa precisazione, privilegiando, quindi, ancora una volta, un approccio sostanzialista.

⁴²⁹ L'interpretazione si ricaverrebbe dalle disposizioni che, pur non senza riferirsi espressamente all'istituto, impediscono alle stazioni appaltanti l'esclusione automatica, senza contraddittorio, dei concorrenti che si trovano in una delle situazioni escludenti previste dall'art. 80, commi 1, 4 e 5, ovvero che presentano una documentazione inidonea a comprovare il soddisfacimento dei criteri di selezione previsti dall'art. 83. Per queste ipotesi, infatti, sarebbe sempre prevista la possibilità di provare di aver risarcito o di essersi impegnati a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti, ovvero di provare di aver pagato o di essersi impegnati a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. Ovvero, ancora, la facoltà di integrare i mezzi di prova inizialmente forniti al fine di dimostrare il soddisfacimento dei criteri di selezione previsti dall'art. 83. In questi termini cfr. T. DI NITTO, *Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale dir. amm.*, cit., 467. Si tratta del c.d. *self cleaning*, su cui cfr. Linee guida ANAC del 16 novembre 2016.

⁴³⁰ Cfr. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, cit., 1070.

È stato, comunque, rilevato come la formulazione dell'art. 83, comma 9, lasci aperti numerosi dubbi interpretativi; la disposizione, infatti, ammette il soccorso istruttorio, da un lato, alla domanda ed al DUGE, espressamente nominati, e, dall'altro, alla generica categoria degli "elementi". Inoltre, mentre dispone la sanabilità in relazione alle "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda"⁴³¹, del DGUE è sanabile non solo qualsiasi incompletezza o irregolarità essenziale, ma anche la totale carenza. Poco chiaro è il riferimento agli "elementi" del quale ugualmente la disposizione prevede la sanabilità anche in caso di mancanza⁴³².

Fermi restando i dubbi che probabilmente solo l'applicazione pratica e l'interpretazione tanto delle stazioni appaltanti quanto dell'ANAC e della giurisprudenza potranno contribuire a sciogliere⁴³³, per il momento è opportuno interrogarsi se, oltre al *favor participationis* ed alla *par condicio*, di cui si cerca costantemente il corretto bilanciamento, non siano anche altri i principi che vengono in rilievo nell'applicazione del soccorso istruttorio, dei quali occorra allo stesso modo operare una sintesi ed una corretta graduazione. A questo proposito, è stato evidenziato⁴³⁴, che ad essere coinvolti in queste

⁴³¹ Un dubbio applicativo può porsi, ad esempio, per il caso di difetto di sottoscrizione della domanda. In merito, dovrebbe escludersi che detta carenza integri un'irregolarità essenziale non sanabile, posto che sarebbe opportuno valutare caso per caso l'effettiva riconducibilità della dichiarazione all'autore, invitandolo, se del caso, a regolarizzare. Queste era, d'altro canto, l'interpretazione data dall'ANAC nella determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015. In questo senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2016, n.1687, che privilegia un approccio sostanzialista, affermando che "nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è quella di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni puramente formali delle prescrizioni di gara". L'impostazione è stata confermata nella vigenza dell'attuale Codice dall'ANAC (Cfr. delibere n. 432 del 27 aprile 2017 e n. 1298 del 12 dicembre 2017). Tuttavia, altra giurisprudenza si è espressa nel senso per cui non è ammissibile il soccorso istruttorio per mancata sottoscrizione dell'offerta cfr. T.A.R. Basilicata, sez. I, 11 ottobre 2017, n. 622.

⁴³² I dubbi interpretativi sono sottolineati da R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 520-521; Idem, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D. Lgs. 56/2017*, cit., 1070, secondo cui le ipotesi di carenze degli "elementi" e del DUGE sarebbero diverse e non meramente esemplificative delle "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" di cui il primo periodo predica la sanabilità. Sottolineano allo stesso modo le incertezze applicative A. MANZI, P. CARUSO, *Il nuovo soccorso istruttorio*, cit., 909.; F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 6, 752.

⁴³³ In questo senso si è espresso anche il Consiglio di Stato nel parere al correttivo (Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782). Non sembra che nel correttivo sia stato colto il suggerimento del Collegio di prevedere in modo espresso la possibilità di una "richiesta procedimentale di chiarimenti" sul contenuto dell'offerta tecnica ed economica, senza che comunque questa opzione possa integrare in alcun modo ipotesi di soccorso istruttorio sull'offerta.

⁴³⁴ Così S. DETTORI, *Riflessioni a margine del principio di affidamento nel soccorso istruttorio. Saggio di metagiurisprudenza*, in *GiustAmm*, 2018, 4, 18.

ipotesi sono anche la certezza del diritto, la tutela dell'affidamento, la trasparenza e la proporzionalità, i quali fanno sì che il mero bilanciamento tra la massima partecipazione e la parità di trattamento non sempre sia sufficiente per la risoluzione dei conflitti originati dall'applicazione o meno delle norme sul soccorso istruttorio⁴³⁵. Tale strada ermeneutica, seguita dall'Adunanza Plenaria 9/2016 sulla base delle indicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴³⁶, mette in luce come, al di sopra o al di fuori del bilanciamento tra la massima partecipazione e la parità di trattamento si ponga il limite della tutela dell'affidamento dell'operatore economico nei confronti della correttezza dell'agire amministrativo: l'affidamento, quindi, si può porre come presupposto per ricorrere al soccorso istruttorio e come regola di bilanciamento, ma anche come principio generale che può intervenire a regolare il conflitto tra gli altri principi della *par condicio* e del *favor participationis* che vengono in rilievo⁴³⁷. Nella prospettiva del giudice eurounitario, l'affidamento può dirsi garantito a fronte di una disposizione delle *lex specialis* o della *lex generalis* che indichi in modo inequivoco il contenuto dell'obbligo che incombe sull'operatore e non, invece, se questo obbligo si ricava solo da un'interpretazione della relativa disposizione⁴³⁸.

⁴³⁵ In coerenza con quanto indicato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 19/2016, che, nel comminare l'esclusione di un operatore per carenze relative alle dichiarazioni sugli oneri di sicurezza aziendali, pur in assenza di un'espressa indicazione di questa mancanza come causa di esclusione, si preoccupa di precisare che l'automatismo dell'effetto escludente sia in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, trasparenza, proporzionalità e *par condicio*. Il Collegio richiama, in particolare, la pronuncia del Corte di Giustizia, sez. VI, sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, secondo cui il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. Pertanto, secondo il giudice eurounitario, "in tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

⁴³⁶ Corte di Giustizia UE, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15.

⁴³⁷ In questo senso anche Cons. St., sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364.

⁴³⁸ Il canone da seguire sarebbe, quindi, quello di *clare loqui*, già affermato in passato dalla Corte di Giustizia anche nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici e ribadito anche dalla nostra giurisprudenza. Cfr. Cons. St., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 1037, secondo cui tale principio "impone alla stazione appaltante di indicare gli oneri procedurali a carico dei concorrenti e di non indurli in errore con prescrizioni ambigue e poco chiare". Critiche alla prospettiva in cui si colloca il giudice europeo sono evidenziate da S. DETTORI, *Riflessioni a margine del principio di affidamento nel soccorso istruttorio. Saggio di metagiurisprudenza*, cit., che evidenzia come, in fin dei conti, una prescrizione potrà dirsi veramente chiara solo se nell'ambito della stessa è inserita la sanzione dell'esclusione.

Dal quadro delineato risulta evidente che, nel particolare settore degli appalti, le dichiarazioni rese dagli operatori economici per l'accesso al "mercato dei contratti pubblici"⁴³⁹ sono il presupposto di base attorno al quale si sviluppa la dialettica concorrenziale. Non a caso, a queste il legislatore riserva – non da oggi – particolare attenzione, disciplinandone le modalità di presentazione, ora ulteriormente semplificate con la previsione del DUGE, e soprattutto le conseguenze di eventuali lacune. Nel corso degli ultimi anni, proprio la sensibilità degli operatori su questo ultimo tema è stata evidenziata, o forse amplificata, da oscillazioni giurisprudenziali, interventi chiarificatori dell'Autorità di regolazione del settore e successivi interventi riformatori del legislatore, anche prima dell'adozione del nuovo Codice del 2016. Nonostante i dubbi esegetici dell'attuale formulazione, l'evoluzione giurisprudenziale e normativa ha certamente condotto all'abbandono del rigido formalismo, per aprirsi ad un approccio decisamente più sostanzialista, volto a salvaguardare al massimo grado la partecipazione, pur nel necessario rispetto della *par condicio* tra i concorrenti e facendo applicazione del principio di autoresponsabilità. La completezza delle dichiarazioni resta comunque un valore che il legislatore tenta di perseguire e di imporre ai concorrenti, attraverso la previsione della configurazione del mancato impiego del soccorso istruttorio come uno dei parametri premianti ai fini del *rating* di impresa ai sensi dell'art. 83, comma 10, D.lgs. 50/2016.

Le maglie della correzione e dell'integrazione sono, ad ogni modo, piuttosto larghe, fermi restando i paletti relativi a carenze ritenute assolutamente non sanabili. Le conseguenze per la falsità del contenuto delle dichiarazioni sono, di conseguenza, piuttosto gravi e su queste si soffermerà la prosecuzione dell'analisi.

4. Le conseguenze delle false dichiarazioni nella procedura di gara

Ipotesi diversa dalla irregolarità o dalla carenza delle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla procedura di gara è quella della falsità del contenuto delle stesse.

In merito, il D.lgs. 163/2006 conteneva diverse disposizioni volte a disciplinare le conseguenze dell'accertata non veridicità delle informazioni fornite, tanto alla stazione appaltante quanto all'eventuale organismo di qualificazione dei lavori pubblici. In

⁴³⁹ Sulla possibilità di guardare al settore dei contratti pubblici come ad un mercato si veda L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2.

particolare, l'art. 6, comma 11⁴⁴⁰, disponeva l'applicazione di una sanzione pecuniaria nei confronti degli operatori economici che non ottemperassero alla richiesta della stazione appaltante di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione, nonché agli operatori che avessero fornito dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori ovvero agli organismi di attestazione.

Inoltre, nel caso di presentazione di falsa dichiarazione o documentazione sia ai fini della qualificazione che, in generale, all'interno della procedura di gara, le SOA, nel primo caso, e le stazioni appaltanti, nel secondo, dovevano darne segnalazione all'Autorità, la quale, se rilevava che il comportamento era sorretto da dolo o colpa grave in considerazione del contenuto effettivo della dichiarazione mendace, disponeva l'iscrizione dell'operatore nel casellario informatico ai fini dell'esclusione delle procedure di gara e degli affidamenti di subappalto per un periodo rispettivamente di un anno⁴⁴¹ o fino ad un massimo di un anno⁴⁴².

L'art. 38 prevedeva poi una specifica causa di esclusione automatica⁴⁴³ per gli operatori per i quali risultasse già l'iscrizione nel casellario informatico disposta dall'Autorità⁴⁴⁴. L'iscrizione conseguente alla decadenza dell'attestazione di qualificazione a causa di mendacio era anche causa di risoluzione del contratto eventualmente già stipulato ai sensi dell'art. 135, comma 1*bis*.

In ogni caso, la scoperta della falsità nelle dichiarazioni, oltre ad attivare il procedimento di iscrizione del casellario da parte dell'Autorità, avrebbe comportato l'esclusione automatica anche, ed in primo luogo, dalla gara in cui la falsità era stata prodotta, anche se l'esclusione non era oggetto di una specifica previsione; questa interpretazione si imponeva in virtù del combinato disposto dell'art. 38 del codice e dell'art.

⁴⁴⁰ Cfr. Art. 6, comma 11, a mente del quale "Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. Le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, nonché agli operatori economici che forniscono dati o documenti non veritieri, circa il possesso dei requisiti di qualificazione, alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione".

⁴⁴¹ Cfr. art. 40, comma 9*quater*, D. Lgs. 163/2006.

⁴⁴² Cfr. art. 38, comma 1*ter*, D. Lgs. 163/2006.

⁴⁴³ L'automatismo e l'assenza di qualsivoglia margine di discrezionalità erano confermati anche dall'Autorità (cfr. Determinazione 1 del 16 maggio 2012).

⁴⁴⁴ Cfr. art. 38, comma 1, lett. h) D. Lgs. 163/2006.

75 d.P.R. 445/2000, che prevede la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, indipendentemente da ogni indagine della pubblica amministrazione sull'elemento soggettivo del dichiarante⁴⁴⁵. All'Autorità, invece, era rimessa la decisione circa l'iscrizione del casellario, a seguito di congrua valutazione anche in relazione all'elemento soggettivo della condotta, graduando conformemente la durata della sanzione⁴⁴⁶.

In ordine alle verifiche sul possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali disposti ai sensi del sopracitato art. 48, la medesima disposizione prevedeva che, nel caso in cui la prova del possesso degli stessi fosse carente ovvero non confermasse le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedessero similmente all'esclusione del concorrente dalla gara, oltre che all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per l'applicazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 6, comma 11. Anche in questa ipotesi, era previsto che l'Autorità disponesse, inoltre, la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento. Le medesime sanzioni erano previste nel caso di esito negativo delle verifiche sui requisiti oggettivi nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato, dovendosi procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Il nuovo codice conferma sostanzialmente le scelte operate in precedenza dal legislatore. Infatti, la falsità in sede di qualificazione, per gli esecutori di lavori pubblici,⁴⁴⁷ o di partecipazione alla gara più in generale per tutti gli operatori comporta la segnalazione

⁴⁴⁵ Cfr. in merito alla irrilevanza dell'elemento soggettivo nel rendere la dichiarazione Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2017, n. 3980; Cons. Stato, IV, 7 luglio 2016, n. 3014; id., V, 5 maggio 2016, n. 1817; id., V, 2 ottobre 2014, n. 4896. Sul punto V. CAPUZZA, *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, Utet, 2014, secondo cui viene in rilievo un'ipotesi di c.d. rilevanza obiettiva del falso.

⁴⁴⁶ Cfr. AVCP, Determinazione 1/2012, nella quale l'Autorità aveva affermato che il sistema giuridico che risultava dal combinato disposto dell'art. 38, comma 1, lett. h) e dell'art. 38, comma 1ter era caratterizzato dalla presenza di un doppio binario: l'esclusione dalla singola gara era comminata dalla stazione appaltante sul presupposto oggettivamente rilevante di una qualsivoglia falsa dichiarazione resa nella medesima; l'esclusione da altre gare, per la durata di un anno, era comminata dall'AVCP al termine di un procedimento in cui si fosse accertato che l'operatore economico aveva reso la dichiarazione falsa con dolo o colpa grave. Solo l'AVCP poteva accertare l'elemento soggettivo e questo era giustificato dall'esigenza di non aggravare il singolo procedimento di gara con ulteriori accertamenti e evitare occasioni di contenzioso indotto dalle incertezze che una simile decisione avrebbe potuto comportare. In questo senso cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3361. Sulla valutazione dell'ANAC cfr. anche T.A.R. Lazio, sez. III, 2 dicembre 2015, n. 13653.

⁴⁴⁷ Cfr. art. 84, comma 4bis, D. Lgs 50/2016.

all'ANAC⁴⁴⁸, che procederà alla eventuale iscrizione nel casellario, previa valutazione dell'elemento soggettivo che ha sorretto la condotta⁴⁴⁹. L'iscrizione, che può ora protrarsi massimo per due anni, determina l'esclusione automatica dalle successive procedure ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f) e g). Come in passato, la falsità rilevata nell'ottenimento della qualificazione per i prestatori di lavori pubblici, comporta la risoluzione del contratto già stipulato⁴⁵⁰.

Diversamente dal precedente regime, il codice dispone in modo espresso, poi, che costituisce motivo di esclusione la presentazione di dati o documenti falsi nella medesima procedura di selezione in corso⁴⁵¹, così esplicitando quanto già ricavato in via esegetica anche per il codice del 2006⁴⁵².

4.2. Sulla configurabilità del c.d. “falso innocuo” nelle procedure di evidenza pubblica

Come emerge dalla ricostruzione della normativa sia attuale che precedente, la falsità della dichiarazione resa dai concorrenti circa il possesso dei requisiti determina la conseguenza piuttosto grave della esclusione tanto dalla procedura in corso che da quelle successive, per un periodo la cui durata è variabile in ragione della valutazione effettuata dall'ANAC a seguito della segnalazione.

Il caso della non veridicità di quanto dichiarato dall'operatore e delle relative conseguenze sulla partecipazione alla procedura impone una riflessione ulteriore sul c.d. falso innocuo e della sua rilevanza in diritto amministrativo, con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica.

⁴⁴⁸ Cfr. art. 80, comma 12, D. Lgs. 50/2016.

⁴⁴⁹ Sull'ipotesi di cui alla lett. g) cfr. il comunicato dell'ANAC del 31 maggio 2016 “Procedimenti per l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 80, comma 5, lett. g) D. Lgs. 50/2016”:

⁴⁵⁰ Cfr. art. 108, comma 2, D. Lgs. 50/2016.

⁴⁵¹ Cfr. art. 80, comma 5, lett. f) *bis*)

⁴⁵² Inoltre, ai sensi dell'art. 213, comma 13, “[...] Nei confronti dei soggetti che a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri e nei confronti degli operatori economici che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione, dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, fatta salva l'eventuale sanzione penale, l'Autorità ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500,00 e il limite massimo di euro 50.000,00.”

La categoria si riconduce alla teorizzazione del falso c.d. inoffensivo, enucleato con riferimento ai reati contro la fede pubblica⁴⁵³ dalla scienza giuridica penalistica⁴⁵⁴, secondo la quale “il falso punibile è solo quello idoneo a trarre in inganno una cerchia indeterminata di persone”⁴⁵⁵. Questa nozione, quindi, è frutto dell’esigenza di distinguere tra ipotesi di falsità tollerabili, quindi non rilevanti penalmente, e ipotesi effettivamente meritevoli di punizione, secondo il brocardo *falsitas quae nemini nocet non punitur*⁴⁵⁶. In sostanza, a parere di alcuni Autori, ciò che rileverebbe sarebbe la concreta offensività della dichiarazione omessa o addirittura mendace rispetto sia al bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici del libro II, titolo II, del codice penale, cioè la pubblica fede, che agli interessi di volta in volta tutelati dalla integrità dei mezzi probatori oggetto di aggressione⁴⁵⁷.

Giova evidenziare che, secondo questa dottrina, nell’ambito dei reati contro la pubblica fede il falso inoffensivo o irrilevante può presentarsi come “grossolano”, perché il documento che ne è interessato contiene un’alterazione così abnorme che la falsità emerge in modo evidente a chiunque, non potendo, pertanto, trarre in inganno nessuno e, di conseguenza, mettere a rischio la fede pubblica⁴⁵⁸. In alternativa, può aversi “falso inutile”, ipotesi che si verifica soprattutto nell’ambito di falso documentale; si tratta, infatti, di quel mendacio che incide su una parte del documento non rilevante ai fini per cui lo stesso è prodotto, facendo sì che questo mantenga il proprio scopo attestativo, in vista del

⁴⁵³ Per il concetto di pubblica fede cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2012, 551, secondo cui con questa espressione si intende la “fiducia del pubblico in determinati oggetti o simboli, sulla cui genuinità o autenticità deve potersi fare assegnamento al fine di rendere certo e sollecito lo svolgimento del traffico economico e giuridico”.

⁴⁵⁴ Sul tema del falso inoffensivo, in generale, *ex multis* cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale - parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2012, 555 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale, parte generale*, Milano, Giuffrè, 2008, 1038 ss.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Roma, 2013, 593 ss. In giurisprudenza, si veda da ultimo Cass. Pen., sez V, 26 gennaio 2016, n. 15622. La teoria del c.d. falso innocuo ha invero una portata ben definita riferendosi esclusivamente ai casi di inidoneità dell’azione per essere l’infedele attestazione (in ipotesi di falso ideologico) del tutto irrilevante ai fini del significato dell’atto, che non ne resta in alcun modo modificato, non esplicando quindi il falso effetti sulla funzione documentale che lo stesso è chiamato a svolgere, cioè quella di attestare i dati in esso indicati (Cass. 38720/2008, 35076/2010)”.

⁴⁵⁵ Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – parte speciale*, cit., 556

⁴⁵⁶ IPPOLITO DE’ MARSILI, *Consilia*, 1623, cons. 120, n. 24.

⁴⁵⁷ Alcuni Autori riconducono questa conclusione alla teoria della natura plurioffensiva del falso documentale Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. ult. cit.*, 585; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale – II, Milano*, Giuffrè, 2016, 167, secondo cui il falso non è mai fine a sé stesso, in quanto normalmente si falsifica per conseguire un risultato che sta al di là della falsificazione e non semplicemente per offendere la fede pubblica. Così anche E. GRANDE, voce *Falsità in atti*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. V, Torino, Utet Giuridica, 1991, 52.

⁴⁵⁸ Cfr. A. DE MARSICO, voce *Falsità in atti*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 582 ss.

quale la parte non veritiera non concorre⁴⁵⁹. Il falso è, invece, innocuo⁴⁶⁰ quando, pur essendo potenzialmente rilevante in quanto relativo ad una parte di documento che assume rilievo ai fini probatori, in concreto non è dotato di offensività e, quindi, non potrebbe determinare la compromissione dei beni giuridici che la norma a presidio della veridicità ha lo scopo di punire⁴⁶¹, anche per fattori estranei alla stessa falsificazione⁴⁶².

Nel settore degli appalti pubblici, durante la vigenza del precedente codice, l'interpretazione della giurisprudenza sui rapporti intercorrenti tra cause di esclusione legali, previsioni della *lex specialis* e soccorso istruttorio aveva condotto, come già evidenziato, ad approdi ermeneutici non definitivi e pacifici, anche a seguito della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 9/2014. Questa, infatti, aveva prospettato una ricostruzione basata sulla distinzione tra integrazione documentale e regolarizzazione, ritenendo solo la seconda conforme ai principi di parità di trattamento ed autoreponsabilità degli operatori economici, oltre che alla lettera dell'art. 46 D.lgs. 163/2006, che consentiva il completamento o i chiarimenti nei limiti di quanto prescritto dagli artt. 38 a 45, chiedendo, pertanto, sempre l'adempimento degli oneri ivi imposti.

Secondo una diversa impostazione, invece, le lacune anche più gravi della mera imprecisione o del mero refuso dovevano essere ritenute sanabili, in vista della più ampia partecipazione alle procedure di gara per tutti i soggetti comunque in possesso dei requisiti di ammissione. Detto approdo ermeneutico fondava anche sulla categoria del c.d. falso innocuo, tenendo in considerazione gli interessi effettivamente salvaguardati dalla

⁴⁵⁹ Cfr. *Id.*

⁴⁶⁰ Tuttavia, parte della dottrina penalistica evidenzia come nella prassi applicativa questa categoria trovi poco riconoscimento e tenda ad essere confusa con il falso inutile. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale-parte speciale*, cit., 557.

⁴⁶¹ In questo senso anche Cass. Pen., sez V, 26 maggio 2014, n. 47601 “Sussiste, pertanto, il falso innocuo solo quando esso si riveli in concreto idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla genuinità dei documenti e cioè quando non abbia la capacità di conseguire uno scopo anti-giuridico, nel senso che l'infedele attestazione (nel falso ideologico) o la compiuta alterazione (nel falso materiale) appaiano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto e del suo valore probatorio e, pertanto, idonee al conseguimento delle finalità che con l'atto falso si intendevano raggiungere; in tal caso, infatti, la falsità non esplica effetti sulla funzione documentale che l'atto è chiamato a svolgere, che è quella di attestare i dati in esso indicati, con la conseguenza che l'innocuità non deve essere valutata con riferimento all'uso che dell'atto falso venga fatto (cfr. Cass., sez. 5, 17.10.2013, n. 2809, rv. 258946; Cass., sez. 5, 07/11/2007, n. 3564).”

⁴⁶² In merito alla ricostruzione dell'elemento soggettivo, si evidenzia come la possibile divergenza tra falsificazione formalmente riconducibile ad una astratta figura di reato e falsificazione veramente meritevole di punizione in quanto concretamente offensiva dell'interesse protetto crei difficoltà nella ricostruzione dell'elemento soggettivo. La giurisprudenza prevalente è ancora su tesi rigoristiche, ritenendo sufficiente coscienza e volontà dell'immutazione del vero. Tuttavia la maggior parte della dottrina ritiene necessaria la coscienza dell'idoneità ingannatoria della falsificazione materiale, escludendo il dolo sia quando l'agente non è consapevole di porre in essere una falsità che mette in pericolo la certezza del traffico giuridico, ma anche quando ritenga in buona fede che il falso sia innocuo. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale-parte speciale*, cit., 558.

completezza dei mezzi probatori oggetto di lesione e che integrano l'effettivo oggetto finale della tutela⁴⁶³.

Parte della scienza giuridica e della giurisprudenza hanno, quindi, in passato sostenuto l'applicazione della teoria del falso innocuo alla disciplina di gara, con particolare riferimento ai casi in cui la falsità in cui incorre il documento si accompagni anche al possesso sostanziale dei requisiti richiesti agli operatori per poter stipulare un contratto con la pubblica amministrazione; in questi casi, infatti, la falsità non sarebbe suscettibile di arrecare pregiudizio all'interesse finale protetto dalla norma, ovvero l'esclusione dalle competizioni di imprese non dotate dei requisiti di meritevolezza⁴⁶⁴. Alcune pronunce giurisprudenziali hanno, quindi, tentato di valorizzare la sostanziale offensività del mendacio nei confronti dell'interesse tutelato⁴⁶⁵. In questo senso, si è sostenuto che “sarebbe oggetto di sanzione unicamente il mendacio idoneo, in chiave funzionale, ad influenzare lo svolgimento della procedura competitiva, ragione che escluderebbe la rilevanza, in chiave ostativa, del falso omissivo, ad esempio, relativo all'esplicitazione di soggetti titolari di cariche rilevanti nel triennio ma non gravati da alcun precedente penale”⁴⁶⁶.

In questa teoria, pertanto, si è trovato in passato il riferimento per ampliare la portata del soccorso istruttorio, considerandolo esperibile anche nei casi in cui non si ravvisasse una mera irregolarità, ma anche una omissione dichiarativa non inficiante, tuttavia, l'effettiva sussistenza del requisito.

⁴⁶³ In questi termini si veda G. COCCO, *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1, 75, che sottolinea la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata delle distinte fattispecie di falso, in modo da delimitarne i termini, dovendo quindi individuare il bene giuridico direttamente e concretamente tutelato dalle varie previsioni incriminatrici, alla luce del quale procedere poi alla verifica circa la capacità lesiva del fatto *sub iudice*, ma in astratto, in quanto in genere si tratta di reati di pericolo astratto. L'Autore mette anche in luce che la debolezza della costruzione della fede pubblica come bene giuridico si rinviene nell'applicazione della prassi giudiziaria, nella quale i vari concetti di falso grossolano, innocuo, inutile, consentito, sarebbero una sorta di “ribellione, più o meno consapevole, alla fede pubblica quale bene giuridico”.

⁴⁶⁴ In questi termini S. FOA', *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti. Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2014, 11, 1150; nello stesso senso in precedenza anche L. IEVA, *Le "falsità" amministrative irrilevanti nelle procedure di gara*, in *Urbanistica e app.*, 2010, 11, 1325 ss. Si vedano anche A. LARUSSA, *Dal settore penale a quello amministrativo: la rilevanza del falso innocuo nell'ordinamento giuridico*, in *www.giustamm.it*; E. MUNNO, *L'ambito di applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006: il recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, 638 ss.

⁴⁶⁵ Detto indirizzo ha, quindi, recepito nel diritto amministrativo il falso innocuo, facendo riferimento ai casi in cui “tale condotta sia priva di offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, e, come tale, non sanzionabile con l'esclusione”. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 novembre 2011, n. 6240; Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906.

⁴⁶⁶ In questi termini Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017.

Tuttavia, detto orientamento è rimasto per lo più minoritario in giurisprudenza, che nella vigenza del precedente codice si era consolidata nel senso di una generale inapplicabilità dell'istituto alle procedure di gara. L'interpretazione pretoria, infatti, ha rilevato che di falso innocuo si potrebbe, a ben vedere, parlare, solo se questo non è idoneo a produrre alcun minimo effetto sugli interessi tutelati; si è, quindi, argomentato che nelle procedure di evidenza pubblica la completezza delle dichiarazioni sia di per sé un valore da perseguire, in virtù della sua attitudine a fondare la rapida decisione in ordine all'ammissione alla gara dell'operatore, perché consente, anche in coerenza con il principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla procedura⁴⁶⁷. L'interesse primario da tutelare, quindi, sarebbe sempre quello della pubblica amministrazione nel fare legittimo affidamento sulla correttezza e completezza delle dichiarazioni.

A ben vedere, le modifiche apportate con la novella del 2014 agli artt. 38 e 46 del D.lgs. 126/2006 e il nuovo sistema del codice del 2016 relativo ai requisiti generali e speciali di partecipazione ed al soccorso istruttorio, conducono a chiedersi se questa impostazione sia da rivedere ed eventualmente in quali termini. L'approccio oggi seguito dal legislatore, anche sulla scorta delle indicazioni provenienti dal quadro normativo e dalla giurisprudenza comunitaria, è evidentemente più sostanzialista e negli anni l'ambito di operatività del soccorso istruttorio è stato notevolmente ampliato. Si tende ad escludere, quindi, l'operatore che effettivamente, anche dopo le integrazioni e le rettifiche esperite con il soccorso istruttorio, non sia effettivamente in possesso dei requisiti richiesti.

Si può tuttavia ritenere che l'impostazione sostanzialista, che mira alla verifica circa il possesso effettivo dei requisiti da parte degli aspiranti contraenti, superando rigidi formalismi e consentendo il soccorso istruttorio anche in caso di mancanze totali di alcuni documenti, possa spingere a dare cittadinanza alla categoria del falso amministrativo non rilevante⁴⁶⁸ nelle procedure di gara? A bene vedere, è opportuno tenere distinti i casi per i quali il nuovo codice consente il soccorso istruttorio, espressamente individuati in "mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85", da quelli in cui una dichiarazione

⁴⁶⁷ "Pertanto, una dichiarazione inaffidabile, perché falsa o incompleta, è già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti o non di partecipare alla procedura competitiva". Così T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 5 febbraio 2015, n. 2129; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271.

⁴⁶⁸ L'espressione è usata da L. IEVA, *Le "falsità" amministrative irrilevanti nelle procedure di gara*, cit., 1325 ss.

è stata resa, ma una parte di essa non sia rispondente al vero. In queste seconde ipotesi, infatti, la tutela del *favor participationis* e del buon andamento dell'attività amministrativa non potrebbero condurre ad un atteggiamento volto a superare le dichiarazioni non veritiere rilasciate dall'operatore, in quanto difficilmente potrebbe ritenersi non minato il rapporto di fiducia intercorrente tra stazione appaltante e impresa aspirante aggiudicataria.

Oltretutto, che la falsità non possa condurre ad altro se non all'esclusione, si ricava anche dal diritto positivo. In primo luogo, indicazioni chiare emergono dalle sopra esaminate norme del D.lgs. 50/2016, che espressamente fanno conseguire l'esclusione dalla gara per l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere. Ancora, l'art. 80 prevede che l'operatore possa essere escluso nel caso in cui la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che questi si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, e in questa categoria sono espressamente ricompresi, oltre che il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio, anche "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"⁴⁶⁹. Questo vale tanto più nel nuovo sistema, nel quale le dichiarazioni sul possesso dei requisiti sono state ridotte, quantomeno in via preliminare ad un solo documento, il DGUE, redatto

⁴⁶⁹ Cfr. art. 80, comma 5, lett. c). D. Lgs. 50/2016, che consente di procedere all'esclusione dell'operatore nel caso in cui "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione". Si noti che T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 27 settembre 2017, n. 4532 di recente ha confermato la rilevanza della falsità ai fini dell'integrazione di entrambe le fattispecie previste dall'art. 80, comma 5, in un caso nel quale la società ricorrente non aveva segnalato alla stazione appaltante di essere precedentemente incorsa in un'esclusione da analogo gara, presso altra stazione appaltante, motivata dall'insussistenza del requisito della regolarità fiscale. La necessità di detta dichiarazione – omessa nell'autodichiarazione compilata – è stata riconnessa allo scopo di consentire all'Amministrazione di valutare se quell'estromissione e la condotta ivi osservata (dichiarazione ingannevole o inesatta) rivelassero un'ipotesi ascrivibile al "fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione" o riconducibile al "l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" e, in quest'ottica, potessero integrare un grave illecito professionale.

secondo un formulario *standard* con lo scopo sia di ridurre gli oneri incombenti sui privati che di semplificare i rapporti con le stazioni appaltanti, ma anche di diminuire al minimo possibili errori e, quindi, false rappresentazioni, dovute ad ambiguità nei modelli predisposti dalle singole stazioni appaltanti.

Le conseguenze delle dichiarazioni non veritiere, poi, sono disciplinate in generale – come più avanti si analizzerà – dal d.P.R. 445/2000, il quale prevede la regolarizzazione delle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 che presentino irregolarità o omissioni rilevabili d'ufficio “non costituenti falsità” e contestualmente dispone la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera⁴⁷⁰.

Occorrerà, pertanto, verificare caso per caso se la non corrispondenza della dichiarazione al contenuto previsto dal parametro normativo o dalla *lex specialis* integri effettivamente un'ipotesi di mendacio, avendo il concorrente dichiarato il possesso di un requisito non effettivamente sussistente, oppure se questo abbia indicato l'assenza di una causa di esclusione nella realtà esistente, ma ininfluyente ai fini della eventuale assegnazione dell'appalto.

In proposito, si rileva come uno dei frequenti motivi di scontro tra amministrazioni e operatori sia stato spesso originato in passato dalla omessa dichiarazione delle sentenze penali di condanna riportate da uno dei soggetti per i quali è necessario presentare detta dichiarazione; oppure si è spesso contestata l'effettiva necessità di inserire specifici membri della compagine societaria tra coloro che erano obbligati a rendere la dichiarazione. In questi casi, in ossequio all'approccio sostanzialista, ma anche alle conseguenze previste in caso di falsità, occorrerà verificare se la dichiarazione integri una vera e propria falsità, perché non sono state indicate condanne effettivamente sussistenti ed ostative, che non è comunque possibile sanare, oppure se l'omessa dichiarazione relativa a qualche soggetto riguardi condanne non esistenti ovvero non rilevanti ai fini dell'escludibilità del concorrente o ancora relative a soggetti non effettivamente sottoposti ai controlli di requisiti morali⁴⁷¹.

Sul punto non sembra, peraltro, che i diversi orientamenti giurisprudenziali siano destinati a comporsi. In effetti, anche dopo le modifiche apportate nel 2014 al precedente codice le interpretazioni pretorie non sono univoche. Da un lato, secondo un primo orientamento, in caso di omessa indicazione di una vicenda rilevante ai sensi dell'art. 38,

⁴⁷⁰ Cfr. artt. 71 e 76 d.P.R. 445/2000.

⁴⁷¹ In conformità anche alla determinazione ANAC 1/2015.

comma 1, lett. f) (commissione di negligenza o grave errore nell'esercizio dell'attività professionale) – oggi rinvenibile all'art. 80, comma 5, lett c) – sarebbe illegittima l'esclusione senza previo esperimento del soccorso istruttorio, identificando detta omissione come mero “vizio formale”, in ossequio alla tesi sostanzialistica che non darebbe rilievo al contenuto della dichiarazione resa, ma solo al possesso effettivo dei requisiti⁴⁷². Un diverso orientamento, invece, ha ritenuto che l'omessa indicazione di un elemento rilevante ai sensi dell'art. 38, comma 1, D.lgs. 163/2006 costituisca comunque un falso, con obbligo di esclusione e non operatività del soccorso istruttorio, anche per come modificato nel 2014, che non potrebbe mai sanare una dichiarazione non veritiera⁴⁷³.

La più recente giurisprudenza sembra seguire un approccio mitigato, chiarendo che, anche accedendo alla tesi sostanzialistica, solamente quando il partecipante sia in realtà in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire possa ricorrere un'ipotesi, più che di falso innocuo, di omissione non rilevante ai fini della gara⁴⁷⁴. Caso esemplificativo si

⁴⁷² In questo senso cfr. Cons. St., sez. IV, 25 maggio 2015, n. 2598; T.A.R. Lazio, sez. II, 28 gennaio 2016, n. 1242

⁴⁷³ Cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 13 gennaio 2016, n. 11; T.A.R. Umbria, 26 febbraio 2016, n. 201.

⁴⁷⁴ Così di recente T.A.R. Veneto, sez. I, 2 febbraio 2017, 115. Si veda anche Cons. St., sez. V, 8 settembre 2016, n.41186.: “La mancanza della dichiarazione circa la condanna subita, che la rende inaffidabile a fronte di un preciso e inequivocabile obbligo stabilito dalla *lex specialis*, giustifica l'esclusione del Consorzio, indipendentemente da ogni valutazione sulla gravità e sulla moralità professionale dell'impresa, essendo la completezza e la veridicità della dichiarazione sui requisiti per la partecipazione alla gara e, in particolare, quelli inerenti alle condanne subite valori in sé, presidiati dalla più grave sanzione espulsiva in danno del dichiarante infedele, quali significative manifestazioni e, insieme, massime garanzie dell'irrinunciabile interesse pubblico alla trasparenza nelle pubbliche gare (v. in questo senso, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 29 aprile 2016, n. 1641). 6.8. A tale mancanza che assume per le ragioni appena esposte il valore di una carenza sostanziale della dichiarazione non veritiera, per altrettanto costante giurisprudenza di questo Consiglio, non può certo sopperire l'invocato esercizio del soccorso istruttorio, che può colmare dichiarazioni incomplete o irregolari e non già integrare *ex post*, in violazione della par condicio, dichiarazioni totalmente assenti, come nel caso di specie. 6.9. Non bisogna trascurare, infatti, che il sig. Privato Cosimo Tomaselli ha reso alla stazione appaltante una dichiarazione non veritiera, ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, affermando la inesistenza di cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), b) ed m-ter) del d. lgs. n. 163 del 2006, mentre avrebbe dovuto indicare la condanna penale.”

In senso parzialmente difforme, ma in una fattispecie nel quale l'omissione riguardava un reato depenalizzato cfr. TAR Calabria, Catanzaro, 26 aprile 2017, n. 683, secondo cui “È noto che nelle procedure di evidenza pubblica la dichiarazione non veritiera è un'autonoma causa di esclusione, che trova la sua base nell'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, in tema di autocertificazione, che prevede la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, tra i quali vanno annoverati tanto l'ammissione alla gara, quanto l'aggiudicazione (sul rilievo della dichiarazione mendace in sé considerata, Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 11 gennaio 2017 n. 35; Tar Abruzzo, Pescara, 3 gennaio 2017 n. 6; Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016 n. 3581; Tar Sardegna, sez. I, 25 giugno 2016 n. 529; Tar Campania, Napoli, sez. I, 22 giugno 2016 n. 3231; Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016 n. 2106; Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016 n. 1412; Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016 n. 802; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio

rinviene in quella pronuncia del Consiglio di Stato che ha dichiarato illegittima l'esclusione di una ditta da una procedura in virtù della falsa dichiarazione circa la situazione di carichi pendenti degli amministratori della stessa, rilevando che, posto che un simile onere dichiarativo integrava una causa di esclusione non prevista dal D.lgs. 163/2006 e la relativa clausola del bando era, pertanto, nulla, "l'indefettibile obbligo di rendere dichiarazioni veritiere [può essere riferito] alle sole ipotesi in cui la dichiarazione omessa o non veridica sia prevista a pena di esclusione". Pertanto "non appare in alcun modo condivisibile l'orientamento il quale – (per un verso) ammette la non rilevanza di un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alla gara (e quindi la sua sostanziale inessenzialità), mentre (per altro verso) riconnette alla violazione del richiamato onere dichiarativo la più grave delle conseguenze possibili (i.e.: l'esclusione dalla gara)".⁴⁷⁵

Quello sopra riportato rappresenta – lo si riconosce – un caso esemplificativo di una fattispecie meno problematica di quella in cui l'omissione/mendacio sia relativa ad elementi previsti come obbligatori nel contenuto dell'autocertificazione. Probabilmente per porre rimedio a questa incertezza interpretativa in merito alla rilevanza o meno delle omissioni circa le dichiarazioni che hanno ad oggetto i reati commessi da qualche soggetto membro della compagine sociale dell'operatore economico, quando previsti come cause di esclusione dalla procedura, la soluzione definitiva sarebbe quella più drastica: portare al massimo grado la semplificazione ed i principi che hanno orientato il legislatore nel delineare in generale processo di "decertificazione" e fare leva solo sull'accertamento d'ufficio da parte dell'amministrazione, che ben potrà accedere al casellario giudiziale ed estrarne il relativo certificato. A ben vedere, infatti, sia nel precedente sistema che in quello attuale, la stazione appaltante è comunque tenuta a verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di moralità dell'aggiudicatario, anche quando questo abbia adeguatamente

2014 n. 2289). Eppure [...] affermato il principio della tassatività delle cause di esclusione, esso potrebbe essere facilmente eluso laddove si ammettesse che ogni omissione concernente le dichiarazioni previste dalla *lex specialis* importa l'esclusione del concorrente. In sostanza, in un caso come quello di specie, nel quale la mancata dichiarazione riguarda un reato depenalizzato, non rientrante tra quelli ostativi della partecipazione alla gara e concernente un fatto che, secondo le previsioni del Codice, non è rilevante ai fini della valutazione dell'integrità e dell'affidabilità dell'operato economico, non appare esatto parlare di mendacio, né di falso innocuo. Si tratta, invece, di omessa dichiarazione di un fatto irrilevante ai fini della gara, che il direttore tecnico non era tenuto a indicare".

⁴⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, sez V, 5 maggio 2016, n. 1812, che evidenzia l'aporia della soluzione prospettata dall'amministrazione impugnante che non rivestirebbe alcun fondamento nella finalità – condivisa dal Collegio – di salvaguardare l'attendibilità delle dichiarazioni rese dai partecipanti alle gare pubbliche.

adempito agli oneri dichiarativi⁴⁷⁶. Questa particolare casistica è rappresentativa di un'ipotesi applicativa nella quale probabilmente l'uso delle autocertificazioni ha fino ad ora complicato più che semplificare⁴⁷⁷.

5. Riflessioni conclusive: l'evoluzione e i limiti della decertificazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici

L'analisi fin qui svolta consente di evidenziare alcuni elementi che caratterizzano l'impegno dell'istituto autocertificatorio in questo specifico ambito.

Nel settore degli appalti le dichiarazioni sul possesso dei requisiti sono strumentali alla verifica che il potenziale contraente possieda le qualità necessarie per assumere la commessa pubblica, evitando l'instaurazione da parte del soggetto pubblico di un rapporto con un operatore che possa portare danni al buon andamento dell'amministrazione. La finalità di semplificazione tipica del meccanismo autocertificatorio era già presente prima del 2016, ma è stata addirittura accentuata con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, attraverso la previsione del documento di gara unico europeo, "autodichiarazione" destinata a sostituire tutte le autocertificazioni singolarmente attestanti specifici stati e qualità dell'impresa concorrente. In effetti, uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario con l'adozione delle direttive del 2014 è stato proprio quello di alleggerire il carico delle dichiarazioni e delle allegazioni incumbenti sulle imprese, che, nonostante il progressivo aumento dell'impiego delle autocertificazioni, continuavano a lamentare l'eccesso di richieste documentali necessarie per la partecipazione alle procedure⁴⁷⁸. Allo stesso tempo, il modello *standard* è stato predisposto anche a supporto

⁴⁷⁶ Per un commento sotto la vigenza del precedente codice si veda P. PROVENZANO, *La teoria del "falso innocuo" in materia di dichiarazioni ex art. 38 D. Lgs. n. 136/2006 al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2013, 1, 245.

⁴⁷⁷ In questi termini parte della dottrina, che aveva significativamente posto in luce che "le dichiarazioni sui precedenti penali atti a incidere sulla moralità professionale non recano nessun vantaggio né per il privato che è chiamato a renderle (per cui anzi spesso rischiano di tradursi in una sorta di trabocchetto), né per la stazione appaltante che le riceve: la quale (...) è comunque tenuta a verificare la sussistenza dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento". Così G. MANFREDI, *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urbanistica e app.*, 2010, 14, 5, 508 ss. Secondo tale analisi sarebbe, quindi, preferibile fare a meno delle dichiarazioni e affidare il controllo sui precedenti penali all'iniziativa d'ufficio della stazione appaltante.

⁴⁷⁸ Cfr. il già richiamato considerando n. 84 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui "molti operatori economici, non da ultimo le PMI, ritengono che un ostacolo principale alla loro partecipazione agli appalti pubblici consista negli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione".

delle stesse amministrazioni⁴⁷⁹. La semplificazione, inoltre, è perseguita anche mirando alla maggiore partecipazione transfrontaliera alle procedure di appalto pubblico, attraverso la sostituzione delle variegate forme di autocertificazione nazionali con un modello di formulario stabilito a livello europeo. Lo scopo è diminuire quanto possibile i problemi connessi alla formulazione precisa delle dichiarazioni formali e delle dichiarazioni di consenso nonché le problematiche legate alla lingua, tramite la predisposizione del modello in tutte le lingue ufficiali.

La spinta verso riduzione è massima, se si tiene conto della possibilità di reimpiego dello stesso DGUE anche in più procedure, ferma restando la necessaria conferma della validità dei dati che questo contiene. La previsione - introdotta in conformità all'art. 59 della Direttiva 2014/24/UE - costituisce l'espressione di un obiettivo delle politiche dell'Unione Europea più ampio, volto alla creazione di un vero e proprio *virtual company dossier* sulle imprese partecipanti alle procedure di gara e del più generale principio “*Only once*”⁴⁸⁰, in conformità al Progetto TOOP (“*The Once Only Principle Project*”) lanciato a gennaio 2017 dalla Commissione Europea, al quale prende parte anche l'ANAC⁴⁸¹. Questo progetto mira a promuovere la cooperazione transfrontaliera tra le pubbliche amministrazioni europee, prevedendo che cittadini ed imprese non debbano farsi carico di fornire i loro certificati quando si muovono all'interno dell'Unione, ma che siano i soggetti

⁴⁷⁹ Per evitare un aggravio di oneri amministrativi e scongiurare il rischio di indicazioni eventualmente contraddittorie nei diversi documenti di gara, le informazioni che gli operatori economici devono inserire nel DGUE devono essere indicate chiaramente e in anticipo dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'avviso di indizione di gara, oppure mediante richiami in tale documento ad altre parti dei documenti di gara.

⁴⁸⁰ Il principio *una tantum* si inserisce nel più ampio processo di digitalizzazione del settore pubblico e indica la possibilità che i cittadini e le imprese forniscono specifici dati solo una volta quando entrano in contatto con le amministrazioni pubbliche; i soggetti pubblici, invece, sono tenuti ad intraprendere azioni per condividere e riutilizzare internamente questi dati, anche nelle relazioni transfrontaliere, nel rispetto delle normative sulla protezione dei dati e di altri vincoli eventualmente posti dall'ordinamento. In sostanza, il principio impone di concentrare gli sforzi sulla riduzione degli oneri amministrativi per le persone e le imprese tramite la riorganizzazione dei processi interni del settore pubblico, piuttosto che l'adeguamento dei cittadini alle procedure esistenti. L'implementazione transfrontaliera del principio è ancora frammentata e limitata a pochissimi servizi. In vista del suo contributo alla realizzazione del mercato unico digitale in Europa, l'attuazione del principio è promossa dalla Commissione Europea, che lo ha inserito anche nel “Piano d'azione dell'UE per l'eGovernment 2016-2020”.

⁴⁸¹ Il progetto TOOP ha l'obiettivo di mettere alla prova il principio *una tantum* con tre attività pilota da realizzare entro giugno 2019: servizi di *e-government cross-border* e servizi per la mobilità delle imprese; interconnessione ed aggiornamento dei dati del Registro imprese; servizi per i certificati di navigazione. Il progetto è finanziato con un budget di 8 milioni di euro dal programma “Horizon 2020” ed il consorzio che lo realizzerà è costituito da rappresentanti di 21 paesi dell'Europa allargata: Austria, Belgio, Bulgaria, Germania, Danimarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Italia, Lituania, Lussemburgo, Lettonia, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Svezia, Slovenia, Repubblica Slovacca, Turchia. In Italia, si occupano del progetto Unioncamere, in collaborazione con Anac, InfoCamere e Unioncamere Europa.

pubblici a condividere le informazioni già in loro possesso, nel rispetto delle regole di riservatezza e protezione dei dati personali, sia a livello nazionale che europeo.

Nella fase di avvio della procedura, quindi, lo strumento autocertificatorio ha lo scopo di ridurre gli oneri amministrativi gravanti sugli operatori e accelerare l'inizio della gara. Le esigenze di semplificazione non sono, però, tali da poter ledere il buon andamento dell'azione amministrativa: il DUGE è, infatti, una prova documentale preliminare, necessaria e sufficiente per prendere inizialmente parte alla selezione; a questo può ben doversi aggiungere l'esibizione dei documenti complementari atti a dare prova delle informazioni solo dichiarate, quando la stazione appaltante reputi di doverne fare richiesta al concorrente. Il concreto operare della decertificazione, quindi, non tollera il rischio che l'apporto del privato alla funzione conoscitiva, se concretamente posto in essere in violazione dei doveri di leale collaborazione e buona fede, possa ledere in modo irreparabile il buon andamento dell'attività amministrativa e condurre, in sostanza, alla scelta di quello che non è di fatto il miglior contraente.

L'importanza delle rappresentazioni degli operatori ai fini dello svolgimento della procedura emerge anche dalla disciplina che regola il soccorso istruttorio, sul quale in materia di appalti è stata forte l'attenzione del legislatore e degli interpreti e che ha condotto ad un progressivo superamento del formalismo con l'introduzione di previsioni specifiche atte a delineare i confini di cosa sia effettivamente regolarizzabile e integrabile senza violare la *par condicio*. La delicatezza del tema era e resta tale da non far ritenere sufficiente la generica previsione sulla regolarizzazione delle dichiarazioni prevista dall'art. 71, comma 3, d.P.R. 445/2000. Un altro indice dell'importanza del tema si può rinvenire anche nell'evoluzione che l'istituto ha subito con l'adozione del nuovo codice, che ha escluso la necessità del pagamento della sanzione pecuniaria prevista in precedenza. A differenza del testo unico sulla documentazione amministrativa, poi, il soccorso istruttorio è procedimentalizzato, con la previsione di un termine espresso per sanare la carenza rilevata.

La completezza e l'affidabilità delle dichiarazioni resta comunque un valore che il legislatore tenta di perseguire e di imporre ai concorrenti. Le conseguenze per la falsità del contenuto delle dichiarazioni sono quindi piuttosto gravi: in questo caso, non solo si impone l'esclusione dalla procedura in corso, conformemente al regime generale per il caso di dichiarazioni sostitutive non veritiere, ma è possibile che l'operatore sia destinatario di una vera e propria sanzione amministrativa da parte dell'ANAC, chiamata a valutare l'opportunità di iscriverlo nel casellario informatico, causandone l'impossibilità

provvisoria di partecipare a procedure evidenziali⁴⁸². La falsità, quindi, non comporta una mera impossibilità di ottenere il bene della vita sperato (l'aggiudicazione dell'appalto), come l'art. 75 d.P.R. 445/2000 dispone quando prevede la decadenza dai benefici conseguiti, quale misura ripristinatoria; il mendacio viene più gravemente perseguito dal legislatore, in virtù del delicato intreccio di interessi pubblici e privati che vengono in rilievo durante lo svolgimento di una procedura di appalto e della immediata lesione ai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza a cui l'affidamento deve essere ispirato⁴⁸³.

Le esigenze di riduzione degli oneri amministrativi emergono anche nella fase di accertamento del possesso dei requisiti, che è per lo più semplificata e accelerata, dovendo avvenire normalmente attraverso la consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici e, solo in via subordinata, con la richiesta all'operatore della trasmissione dei documenti di comprova. Il nuovo sistema ha accentuato la discrezionalità della stazione appaltante nella decisione in merito all'effettuazione della verifica e a quali e quanti operatori controllare, non essendo più in vigore il sistema basato sul sorteggio di una percentuale predeterminata⁴⁸⁴. Tuttavia, come in generale previsto dall'art. 71 del d.P.R. 445/200, anche in questo ambito "le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive". Quindi, durante lo svolgimento della procedura, la verifica sull'effettivo possesso dei requisiti, può essere disposta in ogni momento da parte della stazione appaltante ed è volta ad accertare la serietà dell'impegno dell'operatore che prende parte alla selezione e a garantire all'amministrazione la sicurezza nella futura valida stipulazione del contratto.

La semplificazione, tuttavia, non elide la necessità del controllo sul contraente prescelto: all'esito della gara, infatti, prima dell'aggiudicazione dell'appalto, si impone la

⁴⁸² In aggiunta alle sanzioni penali.

⁴⁸³ Cfr. art. 30, comma 1, D. Lgs. 50/2016 (*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*): "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza".

⁴⁸⁴ Cfr. art. 85, comma 5, D. Lgs. 50/2016: "5. La stazione appaltante può, altresì, chiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 54, comma 3 o comma 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87. La stazione appaltante può invitare gli operatori economici a integrare i certificati richiesti ai sensi degli articoli 86 e 87."

verifica sull'offerente cui la stazione appaltante abbia deciso di aggiudicare l'appalto. Nel settore dei contratti pubblici, quindi, l'accertamento, per quanto deregolamentato, è obbligatorio prima dell'adozione del provvedimento che chiude la procedura e della successiva instaurazione del rapporto contrattuale: gli interessi pubblici in rilievo, infatti, sono tanti e tali che l'autoresponsabilità può funzionare in modo limitato, fino a quando l'amministrazione non adotti la sua determinazione finale, valutando in modo definitivo che una delle offerta sia la più meritevole di accettazione e che il contratto da stipularsi con quell'operatore sia effettivamente rispondente all'interesse pubblico. I controlli, quindi, per quanto rimessi alla scelta discrezionale dell'amministrazione, sono sottoposti ad un termine finale massimo, essendo individuato il momento nel quale riemerge l'esigenza di un'istruttoria piena e completa su tutti gli elementi necessari ai fini della determinazione finale il più possibile conforme agli interessi pubblici.

CAPITOLO 4

Le dichiarazioni degli operatori economici nell'accesso a misure di sostegno pubblico: il caso delle energie rinnovabili

1. Procedimentalizzazione e semplificazione nell'accesso a misure di sostegno pubblico. Cenni introduttivi

Un altro ambito nel quale è possibile riscontrare importanti oneri dichiarativi in capo all'operatore economico che aspira all'ottenimento di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica è quello degli ausili finanziari e dei procedimenti necessari per l'ottenimento di alcuni di questi.

Queste misure, come noto, non sono riconducibili ad una categoria unitaria⁴⁸⁵: per “ausili finanziari” può intendersi qualsiasi forma di intervento pubblico che eroghi in modo diretto o indiretto risorse della collettività a soggetti privati o pubblici, in vista del perseguimento di finalità di interesse generale. In modo più specifico, l'espressione potrebbe riferirsi a quelle misure volte a sostenere le attività produttive ed il loro sviluppo⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Secondo M.S. GIANNINI, *Il finanziamento alle imprese con le risorse della collettività*, in *Giur. comm.*, 1977, 1, 5 ss. “l'unità della materia si ritrova in sede economica più che giuridica”. Sempre secondo lo stesso Autore, *Diritto Amministrativo*, cit., 691-692, per intendere questi procedimenti, “occorre un canone ermeneutico generale che è quello del loro inquadramento negli indirizzi di politica economica, sociale o culturale in cui sono inseriti”. Nonostante l'impossibilità di riconduzione ad una categoria giuridica unitaria, la scienza giuridica ha cercato di elaborare delle classificazioni delle diverse forme che gli interventi di sostegno pubblico possono assumere. In questo senso, possiamo ricomprendervi: le sovvenzioni o i contributi, intendendo quelle attribuzioni di risorse senza obbligo restitutorio; i finanziamenti agevolati, che riducono l'ammontare degli interessi da corrispondere; le garanzie, che rendono più semplice l'accesso al credito; i benefici fiscali, che esonerano da determinati obblighi tributari; gli strumenti di partecipazione ad una specifica impresa. Per le classificazioni si veda M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 17; M. ANNESI, voce *Finanziamento (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 627 ss.; A. GALASSO, *Finanziamenti pubblici*, in *Noviss. Dig. it, App.*, III, Torino, Utet, 1982, 766 ss. Sulla disorganicità della materia E. CROCI, G. PERICU, voce *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 243 ss., i quali evidenziano come l'incertezza sia stata determinata anche dalla mancanza di uno schema predefinito con cui lo Stato interviene in economia, che ha portato ad interventi legislativi casuali e “alluvionali”, a cui si sono accompagnati comportamenti amministrativi *extra legem*. Anche la giurisprudenza non sarebbe riuscita a dare un contributo costruttivo a causa della struttura degli interventi normativi in materia.

⁴⁸⁶ Per un inquadramento generale della materia, con particolare *focus* sugli interventi a sostegno delle attività produttive, si veda A. TONETTI, *Ausili finanziari*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 550 ss. L'Autore individua i caratteri comuni delle diverse forme di ausilio pubblico nell'essere riconosciuti a valle di procedimenti di tipo concessorio, nell'essere sottoposti ai poteri di autotutela amministrativa, essendo la concessione legata al perseguimento di finalità di interesse pubblici, e, infine, nel dare luogo tendenzialmente ad un rapporto paritetico tra amministrazione e privato beneficiario della misura, soggetto, quindi, alla giurisdizione ordinaria.

e ad indirizzare l'iniziativa economica privata con strumenti non coercitivi verso una specifica direzione, prestabilita dalla volontà politica⁴⁸⁷; così avviene, ad esempio, con le cc.dd. leggi incentivo⁴⁸⁸.

La scienza giuridica individua per lo più il fondamento costituzionale di questa particolare tipologia di intervento pubblico nell'economica nell'art. 41, comma 3, che impone il coordinamento e l'indirizzo a fini sociali dell'attività economica, privata e pubblica, sottoponendola a programmi e controlli soggetti a riserva di legge relativa⁴⁸⁹. L'erogazione di ausili finanziari è, comunque, sottoposta a rilevanti condizionamenti che derivano sia dall'ordinamento comunitario⁴⁹⁰ che da specifici accordi internazionali in

⁴⁸⁷ Sulla programmazione economica attraverso le sovvenzioni si veda L. BENADUSI, *Attività di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali ed amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 924; anche G. PERICU, E. CROCI, *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, cit., 244, sottolineano la parziale sovrapposizione e la differenza che esiste tra sovvenzioni e misure di incentivazione. Gli incentivi, nello specifico, consistono nella corresponsione di un vantaggio, in genere economico, ad un soggetto, in cambio di un determinato comportamento; la "controprestazione", invece, può anche mancare nel caso delle sovvenzioni, utilizzate anche per fare fronte a compiti di assistenza e sicurezza sociale.

⁴⁸⁸ Le leggi incentivo sono un tipico strumento di programmazione economica, con cui lo Stato si propone di stimolare lo svolgimento di specifiche attività economiche da parte dei privati. Sulla particolare forza di queste leggi rispetto alle altre si veda G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, vol. II, Giuffrè Milano, 1962, 125 ss., che ne sottolinea anche un terzo carattere, cioè il fatto che l'attività sollecitata, in assenza di incentivo, non verrebbe compiuta oppure lo sarebbe ma a condizioni con modi diversi rispetto a quelli che rispondono all'interesse collettivo. Sulla nozione giuridica di incentivo si veda anche S. VALENTINI, *L'attività di incentivazione: tipologie e funzioni*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, in C. FERRARI (a cura di), *Atti del Convegno nazionale di studi organizzato dall'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di economia e commercio dell'Università degli studi di Torino, 13-15 giugno 1985*, Milano, Giuffrè, 1987; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 2089, secondo il quale la legge di incentivazione è una manifestazione del c.d. diritto premiale, ossia quella particolare modalità di azione non attraverso sanzioni negativo/afflittive, ma attraverso sanzioni positivo/accescitive. Si riconduce a questa categoria quella legge che, prevedendo un beneficio in genere economico – ma non solo – spinge il privato verso lo svolgimento di una specifica attività economica, riconnettendo a questa l'attribuzione del beneficio.

⁴⁸⁹ In questo senso D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. L'azione dei pubblici poteri*, III, V ed., Bologna, Il Mulino, 1997, 783 ss. Secondo L. BENADUSI, *Attività di finanziamento: aspetti costituzionali ed amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 950, invece, il fondamento può rinvenirsi negli artt. 3, comma 2, e 4, comma 1, Cost. La Corte Costituzionale ha ricondotto questo tipo di intervento pubblico anche all'art. 117 Cost., comma 2, lett e) Cost., che tutela la concorrenza, intesa in un'accezione dinamica, tutelata da misure volte non solo a salvaguardare i principi antitrust, ma anche a ridurre squilibri, a favorire lo sviluppo sufficiente del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali. Cfr. Corte Cost., sentenza 13 gennaio 2004, n. 14.

⁴⁹⁰ In particolare, la disciplina europea in materia di aiuti di Stato è contenuta negli artt. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che, dopo aver stabilito che le misure di sostegno finanziario concesso attraverso risorse pubbliche che siano idonee ad attribuire un vantaggio economico a talune imprese e ad incidere sulla concorrenza sono in principio incompatibili con il diritto dell'Unione, contemplano alcune deroghe e attribuiscono alla Commissione Europea il ruolo di "controllore" tanto sugli aiuti esistenti quanto sulla compatibilità

materia di aiuti di Stato, volti ad evitare i possibili effetti distorsivi degli stessi sulle dinamiche concorrenziali; questi sistemi contemplano, tuttavia, casi sottoposti a deroghe, in virtù di necessità contingenti o di particolari finalità pubbliche perseguite, e un preciso sistema di controlli sull'effettivo rispetto delle prescrizioni e sulla sussistenza delle condizioni legittimanti la deroga.

In linea generale, l'erogazione delle misure di ausilio finanziario è il risultato dell'esperimento di diversi procedimenti, che si differenziano per natura e configurazione strutturale⁴⁹¹. Tuttavia, la scienza giuridica⁴⁹² ha individuato alcuni momenti di massima ed alcuni principi fondamentali che possono essere utili per ricondurre ad unità la categoria. Il procedimento si snoda, così, in un primo momento di programmazione e pubblicizzazione degli interventi, durante il quale vengono definite le finalità avute di mira e le risorse messe a disposizione e vengono dettagliati i contenuti effettivi dell'intervento. Rilevante è, in questo momento, la sottoposizione dell'iniziativa ad un'adeguata pubblicità, avente ad oggetto tutti gli elementi che la caratterizzano, specificando le modalità di monitoraggio e controllo e le eventuali sanzioni per le ipotesi di irregolarità riscontrate. Segue poi una seconda fase di presentazione delle domande, nei termini e secondo le modalità indicate nel bando, e la valutazione delle stesse, avente ad oggetto sia la regolarità e la completezza tecnica che quella amministrativa, secondo i criteri in precedenza resi pubblici. A seguire si procede con l'effettivo riconoscimento della spettanza del beneficio ed all'erogazione vera e propria. Infine, il procedimento è completato dal monitoraggio e dal controllo, con lo scopo di verificare l'efficacia della misura adottata e il corretto impiego delle risorse ottenute, di base imponendo ai beneficiari la redazione di una relazione e procedendo ad apposite ispezioni amministrative⁴⁹³. A valle di questo ultimo

dell'ordinamento comunitario dei nuovi aiuti che i Paesi sono intenzionati ad introdurre. Anche le organizzazioni internazionali del commercio, come noto, a cominciare dal GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) si interessano di finanziamenti pubblici nella misura in cui questi siano in grado di limitare i traffici transnazionali. Si pensi, ad esempio, all'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* del 15 aprile 1994, in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio.

⁴⁹¹ Sia perché a quello principale, di tipo concessorio, spesso ne accedono altri dal contenuto diverso (es. precettivo, dichiarativo, contrattuale e ablatorio), sia in quanto la eterogeneità delle misure con cui gli ausili vengono erogati comporta necessariamente una diversificazione nei modelli procedurali. Sul punto si veda A. TONETTI, *Ausili finanziari*, cit., 557.

⁴⁹² A. TONETTI, *op. ult. cit.*, 557 ss. li riconduce alle elaborazioni giurisprudenziali, alla legge n. 241/90 e al D. Lgs. 31 maggio 1998, n. 123, nella specifica materia degli ausili finanziari.

⁴⁹³ Le ispezioni amministrative costituiscono un mezzo di controllo dei poteri pubblici sulle attività private, funzionale all'acquisizione di informazioni, dotato del carattere di autoritatività. Un inquadramento dell'argomento all'interno della funzione di controllo si rinviene in M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss. Approfondimenti sui loro aspetti fondamentali e sulla loro incidenza sul rapporto tra autorità e libertà si vedano, tra gli altri, i contributi di S. VALENTINI, *Le ispezioni amministrative. Funzioni e caratteri*, Milano,

momento l'amministrazione può adottare ulteriori provvedimenti di sospensione, di annullamento ed eventualmente sanzionatori, nel caso in cui dovesse constatare irregolarità commesse dai percettori nelle dichiarazioni rese o nella gestione e impiego dei benefici ottenuti.

Giova evidenziare che queste fasi tendenziali corrispondono ai doveri che a livello generale l'art. 12 della legge sul procedimento amministrativo⁴⁹⁴ pone a carico delle amministrazioni, imponendo loro di predeterminare i criteri e le modalità a cui attenersi come condizione per la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari, rendere pubbliche queste regole, rispettare i limiti prefissati e dare atto nella motivazione del provvedimento dell'osservanza degli stessi⁴⁹⁵. La disposizione ha, peraltro, positivamente un'esigenza già espressa prima dell'adozione della legge 241/90 dal legislatore nella predisposizione di alcune forme di incentivazione settoriali⁴⁹⁶ ed è coerente con la tendenza interpretativa anche anteriore, secondo cui nessuna erogazione di denaro pubblico poteva ritenersi legittima se non finalizzata al perseguimento di obiettivi pubblici. La *ratio* della necessità di fissare preventivamente gli elementi fondamentali che caratterizzano un beneficio pubblico si rinviene, come è stato osservato, da un lato, nell'esigenza di predeterminare alcune regole di giustizia distributiva per l'ipotesi di pluralità di domande e di scarsità di risorse, anche per consentire alla parte esclusa ed al giudice di avere un parametro di riferimento e poterne verificare il rispetto nella

Giuffrè, 1999; sulle ispezioni in generale e come strumento di controllo amministrativo si veda F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; per un'analisi delle ispezioni nei procedimenti amministrativi europei si veda M. DE BELLIS, *Le ispezioni nei procedimenti europei e la tutela del privato: problemi e prospettive, I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea: principi generali e discipline settoriali*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁴⁹⁴ Cfr. art. 12 legge n. 241/90, a mente della quale "La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi. 2. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi agli interventi di cui al medesimo comma 1." Secondo A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1998, 168, la disposizione non ha portata generale, perché limita il suo ambito di applicazione all'attività di erogazione senza corrispettivo e solo quando la prefissazione non sia già stata disposta dal legislatore. In questi termini anche S. LARICCIA, *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, III, 2134.

⁴⁹⁵ Così S. LARICCIA, *op. ult. cit.*, 2134.

⁴⁹⁶ Per un'analisi dei precedenti settoriali si veda A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., 173 ss., che rileva come la predeterminazione dei criteri nelle forme del decreto ministeriale sia la più diffusa.

motivazione dell'atto⁴⁹⁷; dall'altro, nella volontà di escludere comunque che possano essere posti in atto comportamenti collusivi tra privato e amministrazione, pur nell'ipotesi in cui non si prefiguri una concorrenza tra operatori economici per l'ottenimento di risorse scarse⁴⁹⁸. Secondo la scienza giuridica e la giurisprudenza, la previsione, quindi, è espressione dei principi fondamentali che guidano l'attività amministrativa, quali l'imparzialità e la legalità⁴⁹⁹, il buon andamento⁵⁰⁰ e la tutela del legittimo affidamento del privato⁵⁰¹.⁵⁰² In sostanza, la predeterminazione dei criteri ha lo scopo di anticipare la discrezionalità che è connaturata nella concessione del beneficio⁵⁰³.

La presente analisi si sofferma, a questo punto, sui procedimenti volti alla concessione degli ausili finanziari, perché anche in questi si assiste all'impiego delle dichiarazioni degli interessati sul possesso dei requisiti. Un esempio è rinvenibile nella disciplina dettata dal D.lgs. 123/98⁵⁰⁴, che detta disposizioni generali valevoli per gli interventi di sostegno pubblico alle imprese, adottata proprio per rispondere ad esigenze di razionalizzazione, semplificazione e riorganizzazione delle diverse procedure previste nell'ordinamento per il riconoscimento di questo tipo di benefici, introducendovi principi di trasparenza nelle scelte compiute.

Una delle forme che il procedimento può assumere, infatti, è quello della "procedura automatica", secondo la quale, ai fini dell'accesso gli interventi, l'interessato presenta una dichiarazione che attesta il possesso dei requisiti per l'ammissione alle agevolazioni, oltre alla documentazione ed alle informazioni necessarie ai fini dei controlli

⁴⁹⁷ La giurisprudenza recente collega la previsione anche al principio di motivazione, nella quale l'osservanza dei criteri deve risultare. In questo senso T.A.R. LAZIO, sez. II, 29 gennaio 2014, n. 1161; Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2011, n. 222.

⁴⁹⁸ Così G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi*, cit., 67 ss.

⁴⁹⁹ La riconduce alla riaffermazione dei principi di legalità ed imparzialità S. LARICCIA, *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, cit.

⁵⁰⁰ Così P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 516 ss.

⁵⁰¹ Così V.F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, 160 ss.

⁵⁰² Secondo la giurisprudenza la previsione è riconducibile a tutti i principi individuati dalla dottrina. Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 28 settembre 1995, n. 95; sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4437; sez. IV, 26 marzo 2013, n. 1698.

⁵⁰³ Così A. CIOFFI, *La predeterminazione dei criteri nelle concessioni di vantaggi economici*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 430.

⁵⁰⁴ Si tratta del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 123, *Disposizioni per la razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, a norma dell'articolo 4, comma 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59*. Un'analisi dei fattori di riordino e razionalizzazione perseguiti ed effettivamente perseguiti si rinviene in G.P. MANZELLA, *La razionalizzazione degli ausili finanziari alle imprese*, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 9, 853 ss.

previsti dalla normativa antimafia⁵⁰⁵. Anche dopo l'ammissione iniziale al beneficio, il privato attesta la realizzazione dell'intervento, fornendo i documenti giustificativi, comprensivi di una perizia giurata di un professionista⁵⁰⁶. Secondo questa procedura, l'amministrazione competente è tenuta solo a verificare la completezza e la regolarità delle dichiarazioni, sulle quali, quindi, si basa la decisione in ordine alla concessione dell'ausilio richiesto⁵⁰⁷. Il soggetto pubblico competente, inoltre, ove non abbia previamente stabilito i termini e le modalità dei controlli di propria competenza, è legittimato a disporre in qualsiasi momento ispezioni, anche a campione, sui programmi e sulle spese oggetto di intervento, allo scopo di verificare lo stato di attuazione, il rispetto degli obblighi previsti dal provvedimento di concessione e la veridicità delle dichiarazioni e informazioni prodotte dall'impresa beneficiaria⁵⁰⁸. Il riscontro dell'assenza dei requisiti, ovvero la presenza di documentazione incompleta o irregolare, per fatti comunque imputabili al richiedente e non sanabili, comporta la revoca da parte del soggetto competente. È, inoltre, ulteriormente prevista la comminazione di una sanzione amministrativa pecuniaria consistente nel pagamento di una somma in misura da due a quattro volte l'importo dell'intervento indebitamente fruito⁵⁰⁹.

Anche in alcuni dei procedimenti volti al riconoscimento di misure di ausilio finanziario, inoltre, è previsto l'impiego di strumenti di semplificazione, *in primis* nella forma dello sportello unico. Sul punto, oltre a rinviare alle considerazioni svolte in precedenza in merito allo sportello come punto di contatto principale tra amministrazione e imprese anche in merito agli strumenti agevolativi esistenti, si sottolinea che in questo ambito un simile strumento è declinato anche nella versione degli sportelli regionali per

⁵⁰⁵ Cfr. art. 4, comma 3, D. Lgs. 123/1998.

⁵⁰⁶ Cfr. art. 4, comma 6, D. Lgs. 123/1998. Sottolinea la generale tendenza all'*outsourcing* di questa ed altre previsioni del decreto legislativo G.P. MANZELLA, *op.ult.cit.*

⁵⁰⁷ Sono, inoltre, previste, altre due forme procedurali, quella valutativa e quella negoziale. Nell'ambito della prima si distingue tra il procedimento a graduatoria – nel quale la selezione delle iniziative finanziabili è portata avanti mediante valutazione comparata, nell'ambito di specifiche graduatorie e sulla base di criteri predeterminati - e il procedimento a sportello, nel quale, invece, l'istruttoria si svolge secondo l'ordine cronologico di presentazione delle domande. Cfr. art. 5 D. Lgs. 123/1998.

⁵⁰⁸ Cfr. art. 8 D. Lgs. 123/1998.

⁵⁰⁹ Cfr. art. 9 D. Lgs. 123/1998.

l'internazionalizzazione⁵¹⁰ e negli sportelli all'estero^{511, 512}.

In vista dell'analisi oggetto del presente lavoro, si è scelto di concentrare l'esame su una specifica tipologia di procedimenti attributivi di benefici economici, quelli volti all'assegnazione di incentivi per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, sottoposti ad una speciale disciplina legislativa e regolamentare indirizzata al conseguimento di obiettivi pubblici coerenti con l'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea⁵¹³. L'interesse per questo peculiare settore scaturisce dalla constatazione che in questo ambito il legislatore ha predisposto un sistema articolato di controlli e di possibili interventi del soggetto pubblico anche a seguito dell'erogazione dei benefici e anche dopo un notevole lasso di tempo, quando le rappresentazioni fornite all'origine da parte del privato non si rivelano rispondenti alla realtà per come accertata.

1.2 In particolare: le dichiarazioni per l'ottenimento dei benefici per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili

Il quadro normativo e regolamentare che disciplina il settore degli incentivi alle energie rinnovabili è piuttosto articolato. La materia è stata oggetto di numerosi interventi del legislatore succedutisi nel tempo, che hanno preso avvio, nel mercato interno, con le misure di incentivazione introdotte dal D. Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387⁵¹⁴, a cui ha poi

⁵¹⁰ Questi sportelli svolgono in ambito locale un'attività di consulenza ed assistenza nei confronti degli operatori al fine di agevolare l'accesso a misure pubbliche – contributi, incentivi e benefici di varia natura – volti a promuovere lo sviluppo delle esportazioni. Previsti per la prima volta dall'art. 24 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 143, la relativa disciplina è oggi contenuta nel d.P.R.9 febbraio 2001, n. 161, *Regolamento di semplificazione dei procedimenti relativi alla concessione di agevolazioni, contributi, incentivi e benefici per lo sviluppo delle esportazioni e per l'internazionalizzazione delle attività produttive*.

⁵¹¹ Istituiti dall'art. 1 della legge 31 marzo 2005, n. 56, *Misure per l'internazionalizzazione delle imprese, nonché delega al Governo per il riordino degli enti operanti nel medesimo settore*, svolgono funzioni di orientamento, assistenza e consulenza ad imprese ed operatori, italiani ed esteri, con lo scopo di sostenere l'internazionalizzazione del sistema produttivo italiano, la tutela del *made in Italy*, la promozione degli interessi italiani all'estero e l'attrazione di investimenti esteri in Italia.

⁵¹² Secondo A. TONETTI, *Il sistema di internazionalizzazione delle imprese: un'ipotesi di riforma*, in *Le Regioni*, 2005, 3, 349 ss., questi sportelli unici, quantomeno funzionalmente collegati, realizzerebbero un vero e proprio sistema a rete.

⁵¹³ Per una riflessione sulle finalità e sui risultati dell'intervento pubblico in questo ambito si veda M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento*, in *Munus*, 2014, 31.

⁵¹⁴ D. Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, *Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*. A ben vedere, anche in precedenza il nostro ordinamento aveva conosciuto disposizioni recanti discipline agevolatrici nei confronti delle energie rinnovabili, a partire dalla legge 5 agosto 1978, n. 457, recante *Norme per l'edilizia residenziale*, che, nella concessione di contributi pubblici, privilegiava gli interventi di installazione di impianti di riscaldamento e produzione di acqua calda.

fatto seguito il D. Lgs. 3 marzo 2011, n. 28⁵¹⁵, in consonanza con le linee di indirizzo di fonte internazionale ed Europea⁵¹⁶. In sintesi, i meccanismi astrattamente adottabili dai vari Stati membri sono di diverso tipo, potendosi distinguere tra quelli basati su un profilo quantitativo, come i certificati verdi⁵¹⁷, che rappresentano livelli di energia prodotta, e quelli basati sul prezzo dell'energia, tra cui, ad esempio, l'imposizione di una tassa oppure il riconoscimento di incentivi legati all'energia ritirata o al prezzo dell'energia prodotta⁵¹⁸. A questa seconda tipologia si riconducono, per esempio, gli incentivi riconosciuti per

alimentati da fonti energetiche non tradizionali, fino ad arrivare al D. Lgs. 16 marzo 1999, n. 79, di *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*, che ha introdotto una forma di incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili attraverso il sistema dei cc.dd. Certificati Verdi. Il D. Lgs. 79/1999, in particolare, ha avviato il processo di liberalizzazione dell'energia elettrica, rendendo libere le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita, mentre le attività di trasmissione e dispacciamento sono rimaste riservate allo Stato, in attribuzione inizialmente al Gestore della Rete di trasmissione nazionale e dal 2005 a Terna S.p.A. Per un *excursus* sul quadro normativo internazionale, europeo e italiano delle energie rinnovabili si veda S. PIANTA, *Le fonti energetiche rinnovabili: profili giuridici*, in E. PICOZZA, S. M. SAMBRI, *Trattato di diritto dell'economia*, Vol. X, *Il diritto dell'energia*, Padova, Cedam, 2015, 521 ss.

⁵¹⁵ D. Lgs. 03 marzo 2011, n. 28, *Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE*.

⁵¹⁶ A livello europeo, l'inizio di un'azione di promozione delle fonti rinnovabili è coinciso con la liberalizzazione del settore e può identificarsi con la direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità. Questa è stata poi sostituita dalla direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili. Queste discipline costituiscono la base normativa generale che regola la produzione di energia rinnovabile ma affidano agli Stati membri la definizione e la scelta dei veri meccanismi di incentivazione. La direttiva del 2009 è al momento oggetto di revisione da parte da parte del documento "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (rifusione) COM/2016/0767 final". A tal proposito M. COCCONI, *op. ult. cit.*, evidenzia i motivi per i quali l'ordinamento comunitario ha ritenuto non adeguato, fra i possibili interventi finalizzati allo sviluppo delle rinnovabili, solo l'impiego di strumenti di *command and control*, ma ha previsto l'utilizzo anche di strumenti di mercato come l'erogazione di incentivi o lo scambio di certificati che rappresentassero determinati livelli di produzione, anche se comunque sorretti da poteri pubblici. In particolare, questi strumenti sono preferibili perché, da un lato, impiegano gli stessi segnali del mercato per ovviare alle sue debolezze, cioè i prezzi, dall'altro permettono una maggiore diversificazione delle misure da porre in atto, fornendo al contempo agli operatori economici maggiore flessibilità.

⁵¹⁷ Il meccanismo funziona attraverso l'imposizione ai produttori di energia non rinnovabile dell'obbligo di raggiungimento di una determinata quantità da fonte rinnovabile. Nel nostro ordinamento l'obbligo era stato previsto dall'art. 11, comma 1, D. Lgs. 16 marzo 1999, n. 79, ed è poi venuto meno per effetto dell'art. 25, comma 4, D. Lgs. 28/2011. Per un'analisi sui caratteri e i limiti di questo sistema si rinvia a M. COCCONI, *op. ult. cit.*, 10 ss.

⁵¹⁸ In questi casi il legislatore determina il livello di incentivo e assegna poi al mercato la determinazione della quantità di energia rinnovabile da produrre in base di un giudizio di convenienza dell'operatore. Il meccanismo può concretamente operare secondo un sistema di *feed-in-tariff*, che garantisce da parte del soggetto pubblico preposto il ritiro dell'energia rinnovabile prodotta ad un prezzo prefissato, più alto di quello di mercato perché integrante anche una quota di incentivo; in alternativa può essere utilizzato un sistema di *feed in premium*, che consiste nell'erogazione di un incentivo che si aggiunge alla remunerazione dell'energia venduta sul mercato.

l'energia fotovoltaica nel nostro Paese.

In particolare, in questo specifico settore, il legislatore ha demandato a “uno o più decreti” interministeriali (del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e d'intesa con la Conferenza unificata) la definizione dei criteri di incentivazione⁵¹⁹. In attuazione di tale previsione sono stati adottati cinque decreti, noti con la denominazione di “conti energia”, identificati con numero ordinale progressivo in relazione alle versioni via via succedutesi, con le quali sono state avviate cinque diverse procedure di accesso alle incentivazioni⁵²⁰.

Il sistema delle incentivazioni alle fonti ad energia rinnovabile diverse dal fotovoltaico⁵²¹, invece, dopo l'emanazione del D.lgs. 28/2011 è stato basato sui criteri e sulle modalità definite dal D.M. 06 luglio 2012⁵²², che ha introdotto i meccanismi di incentivazione poi ripresi dal successivo D.M. 23 giugno 2016⁵²³.

In ambedue i casi il rapporto incentivante vede coinvolti principalmente due soggetti: da un lato, l'operatore economico, cioè il soggetto responsabile della realizzazione e dell'esercizio dell'impianto di produzione dell'energia elettrica, che riceve la somma incentivante⁵²⁴; dall'altro, il soggetto attuatore, il Gestore dei Servizi Elettrici S.p.a., a cui

⁵¹⁹ Cfr. l'art. 7 del citato D. Lgs. n. 387 del 2003, rubricato "Disposizioni specifiche per il solare".

⁵²⁰ Si tratta, in particolare, dei D.M. 28 luglio 2005 - modificato dal D.M. 6 febbraio 2006 - D.M. 19 febbraio 2007 e D.M. 06 agosto 2010; dopo l'emanazione del D. Lgs. 28/2011 sono stati pubblicati il D.M. 05 maggio 2011 e il D.M. 5 luglio 2012. Sulla natura regolamentare di questi decreti si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 4 maggio 2012, n. 9, chiamata a pronunciarsi in prima battuta sull'efficacia interpretativa o innovativa del D.M. 6 febbraio 2006 rispetto al precedente D.M. 28 luglio 2005.

⁵²¹ In particolare, si tratta di impianti eolici, idroelettrici, geotermoelettrici, a biomassa, a biogas, a gas di depurazione, a gas di discarica, a bioliquidi e gli impianti solari termodinamici.

⁵²² D.M. 06 luglio 2012, *Attuazione dell'art. 24 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici*.

⁵²³ In questo ambito, il D. Lgs. 28/2011 ha determinato la fine del sistema precedente, basato sui Certificati Verdi e sulle Tariffe Onnicomprensive (secondo il sistema di *feed-in tariff*), disciplinate dal D.M. 18 febbraio 2008, adottato in attuazione dall'articolo 2, comma 150, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

⁵²⁴ In sintesi, poiché i prezzi di mercato a cui è sottoposta la cessione dell'energia solare al gestore di rete sono insufficienti a coprire i costi di produzione della stessa, il legislatore ha introdotto la previsione di una specifica tariffa incentivante. Si tratta di un'incentivazione in conto esercizio della produzione di elettricità mediante impianti fotovoltaici connessi alla rete elettrica in modo permanente, che viene erogata sotto forma di un contributo finanziario per kWh di energia erogata per un certo periodo di tempo (fino a 20 anni); il contributo varia a seconda della dimensione o tipologia di impianto e fino a un tetto massimo di potenza complessiva generata da tutti gli impianti o fino al raggiungimento di un tetto massimo di somma incentivabile. Il beneficio così corrisposto sulla quantità di energia prodotta ha avuto, fino alla vigenza dell'ultimo conto energia, il fine di stimolare l'installazione di impianti fotovoltaici, che gli operatori hanno dovuto tuttavia finanziare con propri capitali o attraverso l'intervento di un finanziatore terzo; l'incentivo produce l'effetto di determinare un minor tempo di recupero dei costi d'impianto e eventualmente un successivo guadagno. I diversi conti energia che si sono succeduti negli anni hanno imposto modalità,

è demandato il compito istituzionale di sovrintendere al sistema di incentivazione, curando sia l'erogazione che i procedimenti amministrativi volti al riconoscimento del diritto all'incentivo.⁵²⁵

Le modalità per accedere ai benefici variano in funzione della tipologia e della potenza dell'impianto di produzione e nell'ambito dei diversi decreti attuativi sono state disciplinate in modo differente a seconda delle esigenze di volta in volta avute di mira, potendo consistere tanto in un accesso diretto all'incentivazione quanto nell'iscrizione a registri nazionali con volumi massimi predefiniti per uno specifico intervallo temporale e tecnologia, e con selezione in base a criteri di priorità, o nella partecipazione ad un'asta al ribasso⁵²⁶. È a questo punto che vengono in rilievo le dichiarazioni rese dagli operatori: le diverse discipline di dettaglio, infatti, prevedono che il produttore presenti l'istanza di incentivazione, dando così avvio al procedimento volto al riconoscimento, dichiarando il possesso dei requisiti amministrativi e tecnici necessari per l'ottenimento del beneficio, come, ad esempio, il possesso del titolo autorizzativo idoneo alla costruzione dell'impianto di produzione, la data di completamento dello stesso, la potenza, una determinata qualifica soggettiva e così via.

Nel corso del procedimento amministrativo, quindi, la dichiarazione del produttore che aspira all'incentivo riveste un ruolo centrale; è su questa che si basa, in un primo momento, l'istruttoria posta in essere dal soggetto pubblico finalizzata all'adozione del provvedimento di eventuale accoglimento, soprattutto nelle particolari procedure maggiormente impostate su un meccanismo competitivo tra diversi operatori, come quelle basate su aste o registri, dove la prima fase di formazione delle graduatorie è interamente

condizioni e limiti per l'accesso ai benefici, prevedendo in maniera specifica, in particolare, il termine massimo di presentazione delle domande, di conclusione dei lavori per la realizzazione dell'impianto e di avvio dell'attività di produzione dell'energia.

⁵²⁵ Il Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. è la società interamente controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze, alla quale sono attribuiti numerosi incarichi di natura pubblicistica nel settore energetico, che svolge in conformità con gli indirizzi strategici e operativi definiti dal Ministero dello sviluppo economico. In particolare, il GSE riveste un ruolo centrale nell'incentivazione e nello sviluppo delle fonti rinnovabili in Italia. La principale attività svolta consiste nella promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, anche attraverso l'erogazione di incentivi economici; inoltre, è allo stesso tempo responsabile dell'attuazione dei meccanismi di promozione dell'efficienza energetica.

⁵²⁶ Sono previsti due differenti meccanismi incentivanti, in funzione della potenza dell'impianto: la Tariffa Onnicomprensiva (TO), costituita da una tariffa unica che remunera anche l'energia elettrica ritirata dal GSE, a cui si aggiungono eventuali premi cui l'impianto ha diritto; un Incentivo (I), calcolato come differenza tra la tariffa incentivante base e il prezzo zonale orario dell'energia, poiché l'energia prodotta resta nella disponibilità dell'Operatore. Anche in questo caso, si aggiungono eventuali premi cui l'impianto ha diritto.

fondata su quanto gli stessi operatori hanno rappresentato⁵²⁷. In effetti, la scansione procedimentale, che è delineata sia dai vari decreti ministeriali sia, più nel dettaglio, dalle procedure operative adottate di volta in volta dal GSE, dà conto della centralità di quanto dichiarato dall'operatore. Così, ad esempio, il D.M. 6 luglio 2012, nel disciplinare la procedura tramite registro e asta, prevede che la richiesta di iscrizione al primo o di partecipazione alla seconda sia formulata con la presentazione di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'articolo 47 del d.P.R. 445/2000, recante tutte le informazioni essenziali per verificare il possesso dei requisiti per l'iscrizione alle procedure e la ricorrenza delle condizioni costituenti criterio di priorità per la stesura delle graduatorie.⁵²⁸ Anche la successiva fase eventuale, che si svolge solo nel caso in cui il produttore si sia posizionato utilmente nella graduatoria finale e che consiste nella vera e propria richiesta di incentivazione a seguito della realizzazione dell'impianto, si basa sul principio autocertificatorio, posto che la stessa è presentata in forma di dichiarazione sostitutiva, nella quale sono riportati i dati generali del soggetto responsabile e dell'impianto e attestati ulteriori elementi, quali la ricorrenza delle condizioni per l'accesso a incrementi della somma incentivante riconosciuta o il rispetto delle condizioni di cumulabilità degli incentivi secondo la normativa di settore. Alla richiesta deve essere unita anche un'ulteriore dichiarazione sostitutiva, redatta da parte del progettista ovvero del tecnico abilitato, riportante le caratteristiche progettuali e di realizzazione dell'impianto.⁵²⁹

Le altre disposizioni regolamentari di dettaglio hanno confermato nel tempo questa scelta per un procedimento in autocertificazione, valorizzando il principio di autoresponsabilità dell'operatore-dichiarante laddove si prevede, ad esempio, che non è consentita l'integrazione dei documenti presentati successivamente alla chiusura del

⁵²⁷ L'impiego di meccanismi competitivi anche in questo settore è stato ritenuto preferibile dalla Commissione Europea, che ha sostenuto che “nel caso di regimi di aiuto, il meccanismo *standard* di concessione dovrebbe essere quello di una vera e propria messa in concorrenza delle offerte nell'ambito di gare, in modo da abbassare al minimo il livello di sostegno necessario e da evitare ogni sovracompensazione, rendendo trasparenti i costi dell'energia ed evitando il sistema della tariffa unica di sostegno”. Cfr. Comunicazione della Commissione *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico COM (2013)7243*. Sui pregi e i limiti dei sistemi basati su aste, in particolare, si rinvia a M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit.

⁵²⁸ Cfr. art. 10, comma 2, art. 15, commi 1 e 2, e allegato 3 al D.M. 6 luglio 2012. Le procedure applicative del D.M. 6 luglio 2012 specificavano che la graduatoria sarebbe stata formata sulla base dei dati dichiarati dai soggetti responsabili, ai sensi del d.P.R. 445/2000, e che “la procedura di iscrizione al Registro è interamente basata su autodichiarazioni, senza prevedere l'allegazione di documenti a supporto”. Cfr. punto 2.2.7 delle “Procedure applicative del D.M. 6 luglio 2012, contenenti i regolamenti operativi per le procedure d'asta e per le procedure di iscrizione ai registri”, adottate ai sensi dell'art. 24, comma 1, del D.M. 6 luglio 2012, consultabili all'indirizzo internet <https://www.gse.it/servizi-per-te/fonti-rinnovabili/fer-elettriche/incentivi-dm-06-07-2012>.

⁵²⁹ Cfr. allegato 3 al D.M. 6 luglio 2012.

registro o della procedura d'asta⁵³⁰. In modo simile dispongono, ad esempio, anche il D.M. 23 luglio 2016⁵³¹, che ha sostituito il decreto del 2012 sulle FER diverse dal fotovoltaico, e i vari decreti che hanno regolato nel tempo i Conti energia⁵³².

L'interpretazione pretoria è pressoché unanime nel riconoscere il ruolo centrale delle dichiarazioni degli interessati, facendo riferimento al complesso sistema che si ricava tanto dal D.lgs. 28/2011, che delinea agli artt. 23 e 42 le conseguenze delle false dichiarazioni, quanto dalle discipline relative alle singole fonti incentivati, dalle quali si ricaverebbe la rilevanza delle dichiarazioni per il corretto funzionamento delle misure incentivanti. L'importanza è stata sostenuta, ad esempio, al punto da ritenere che, per una diversa forma di beneficio erogato sempre dal GSE, ma in relazione a interventi di efficientamento energetico⁵³³, il mancato invio di un documento di “conferma” della richiesta di ammissione, pur a seguito della trasmissione di una serie di documenti propedeutici descrittivi del progetto, non può far ritenere correttamente avviato il procedimento amministrativo, perché impedisce “il perfezionamento dell'”istanza”, con cui “l'operatore assume piena responsabilità della veridicità delle dichiarazioni e dei dati forniti”⁵³⁴.

2. La disciplina organica dei controlli in materia di incentivi nel settore elettrico

Anche la concessione di erogazioni e finanziamenti pubblici, se basata sul principio autocertificatorio, necessita di un adeguato contrappeso alla fiducia riposta nel privato. Si impongono evidentemente esigenze di tutela della finanza pubblica, la cui

⁵³⁰ Cfr. artt. 10, comma 2, e 15, comma 2, D.M. 6 luglio 2012.

⁵³¹ Cfr. D.M. 23 giugno 2016, *Incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico*, il cui art. 10, comma 2, dispone: “2. La richiesta di iscrizione al registro è formulata al GSE con la presentazione di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'art. 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000, recante le informazioni di cui all'allegato 3. Dopo la chiusura del registro non è consentita l'integrazione della dichiarazione e dei documenti presentati.”

⁵³² Ad esempio, il D.M. 5 luglio 2012, disciplinante il Quinto Conto energia, dispone all'art. 4, comma 3, che “La richiesta di iscrizione al registro è formulata al GSE dal soggetto titolare del titolo autorizzativo per la costruzione e l'esercizio dell'impianto con la presentazione di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'articolo 47 del DPR 445 del 2000, recante le informazioni di cui all'allegato 3-A. Non è consentita, successivamente alla chiusura del registro, l'integrazione dei documenti e delle informazioni presentati.” Una previsione simile disciplina la presentazione di erogazione delle tariffe incentivanti ai sensi dell'art. 6, comma 1.

⁵³³ La cui disciplina è contenuta nel D.M. 28 dicembre 2012, ora sostituito dal D.M. 11 gennaio 2017.

⁵³⁴ Così T.A.R. Lazio, sez. Terza Ter, 11 luglio 2017, n. 8204.

salvaguardia non può tollerare la corresponsione di risorse pubbliche a chi non sia nelle condizioni per riceverle.

In questo settore il legislatore, dopo un primo periodo nel quale le previsioni erano relegate ai singoli regolamenti disciplinanti la forma incentivante di volta in volta prevista⁵³⁵, si è preoccupato già da qualche anno di dettare una disciplina organica delle verifiche con l'emanazione del D.lgs. 28/2011⁵³⁶, che dedica il capo II alla regolamentazione di “controlli e sanzioni”, affidata al Ministero dello Sviluppo Economico; questo vi ha provveduto con l'adozione del D.M. 31 gennaio 2014, con cui ha stabilito modalità, procedure ed esiti delle verifiche, individuando puntualmente le

⁵³⁵ Per limitarci solo ad alcuni esempi, già prima dell'art. 42 D. Lgs. 28/2011, i decreti ministeriali disciplinanti le condizioni per l'erogazione degli incentivi per le diverse tipologie di attività di produzione di energia da fonti rinnovabili, contenevano specifiche previsioni relative ai controlli sulle dichiarazioni rese dagli operatori in fase di ammissione agli incentivi. Così, per esempio, il D.M. 28 luglio 2005, dettante *Criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare* (c.d. Primo Conto Energia), ha previsto un potere di controllo da parte del Gestore dei Servizi Energetici in ordine a quanto dichiarato dall'operatore economico; in particolare, l'art. 8 (“obblighi connessi alla realizzazione dell'impianto”) dispone che a fronte della conclusione di un impianto fotovoltaico nei tempi previsti e della comunicazione di fine lavori da rendere al GSE, la falsità di tale dichiarazione, come anche il mancato rispetto dei termini per l'inizio e conclusione dei lavori e per l'entrata in esercizio, comportano la decadenza dal diritto alla tariffa incentivante sull'intera produzione e per l'intero periodo. Ancora più esplicite in tal senso sono state le disposizioni della Delibera AEEG n. 188/05, che all'art. 6 prevede lo svolgimento di controlli anche con sopralluoghi e/o a campione, per accertare la veridicità delle informazioni e dei dati trasmessi dai Produttori per l'accesso alle tariffe incentivanti del Primo Conto Energia. Eventuali false dichiarazioni, in base a tale norma, comportano l'inammissibilità alle tariffe, ove non ancora concesse, o la restituzione delle “tariffe incentivanti”, maggiorate degli interessi legali, percepite a partire dalla data della precedente verifica [...] con esito positivo o, in mancanza, dalla data di entrata in esercizio dell'impianto, oltre a qualunque azione legale e segnalazione che il [GSE] ritenga opportuna. Parimenti, quanto al rilascio dei Certificati Verdi – meccanismo incentivante ormai superato per le fonti rinnovabili diverse da quella solare - il D.M. 24 ottobre 2005 aveva disposto all'art. 5 che tale concessione fosse subordinata alla verifica della attendibilità dei dati forniti e che il Gestore [...] potesse disporre controlli sugli impianti in esercizio o in costruzione, anche al fine di verificare la loro conformità all'articolo 2, comma 1, e all'articolo 17, del decreto legislativo n. 387/2003; tale previsione è stata ribadita quasi senza variazioni nell'art. 18 del successivo D.M. 18 dicembre 2008. Successivamente, il D.M. 19 febbraio 2007, il c.d. Secondo Conto Energia, (recante *Criteri e modalità per incentivare la produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, in attuazione dell'articolo 7 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387*), all'art. 11, rubricato espressamente “Verifiche e Controlli”, prevede, da un lato, che false dichiarazioni inerenti le disposizioni del decreto comportano la decadenza dal diritto alla tariffa incentivante sull'intera produzione e per l'intero periodo [...]; dall'altro che sia il GSE, soggetto attuatore, a definire le modalità per il controllo, anche mediante verifiche sugli impianti, di quanto dichiarato dai Soggetti Responsabili. Allo stesso modo, il D.M. 6 agosto 2010 (il c.d. Terzo Conto Energia) contiene all'art. 16 le previsioni sulle Verifiche e Controlli, ribadendo quanto previsto dalla normativa precedente in tema di accertamento di false dichiarazioni, che comportano la decadenza dal diritto alla tariffa incentivante nonché dal diritto ai premi [...] salva la ripetizione dell'indebito da parte del [GSE] nel caso di incentivi già percepiti in base a dichiarazioni non veritiere.

⁵³⁶ D. Lgs. 03 marzo 2011, n. 28, *Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE*.

violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi in relazione a ciascuna fonte e tipologia di impianto.

Preliminarmente l'art. 42 del D.lgs. 28/2011 dispone che l'erogazione degli incentivi nel settore elettrico e termico sia subordinata alla verifica dei dati forniti dai soggetti che presentano istanza. Questa verifica è effettuata attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti realizzati, svolti anche senza preavviso, aventi ad oggetto vari elementi dell'iniziativa, come la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione e le modalità di connessione alla rete elettrica⁵³⁷. Per lo svolgimento dell'attività di controllo il GSE si avvale anche delle informazioni trasmesse da parte delle amministrazioni deputate ai controlli relativi al rispetto delle autorizzazioni rilasciate per la costruzione e l'esercizio degli impianti da fonti rinnovabili, fermo restando il potere sanzionatorio loro spettante⁵³⁸.

La previsione di rango primario in tema di controlli è stata, poi, confermata successivamente dai decreti ministeriali disciplinanti singolarmente le procedure e le modalità di attribuzione ed erogazione degli incentivi per le varie fonti di produzione. Così, ad esempio, il D.M. 5 maggio 2011, c.d. "quarto conto energia", richiama espressamente all'art. 21 (dedicato a "verifiche e controlli") le previsioni del D.lgs. 28/2011. Ancora più significativamente, il successivo D.M. 5 luglio 2012, recante la disciplina del c.d. "quinto conto energia", oltre a contenere una espressa previsione dedicata a "verifiche, controlli e sanzioni"⁵³⁹, qualifica in modo esplicito come dichiarazioni sostitutive ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 le informazioni rese dai soggetti responsabili degli impianti ai fini dell'ottenimento dell'incentivazione e contempla ugualmente lo svolgimento, da parte del soggetto preposto al funzionamento del sistema, di controlli ai sensi dell'art. 42 del D. Lgs. 28 del 2011. Tali previsioni sono poi ribadite, anche se con diverse formulazioni, nelle discipline emanate dal Ministero dello Sviluppo Economico in relazione alle altre forme incentivanti in vigore nel settore energetico⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Cfr. art. 42, comma 1, D. Lgs. 28/2011. La funzione di controllo è attribuita allo stesso soggetto preposto alla gestione delle erogazioni, cioè il GSE. La disposizione prosegue al comma 2 facendo salvi anche ulteriori controlli di competenza delle amministrazioni statali, regionali, agli enti locali e dei gestori di rete.

⁵³⁸ Cfr. art. 42, comma 4, D. Lgs. 28/2011.

⁵³⁹ Cfr. art. 13 D.M. 5 luglio 2012.

⁵⁴⁰ La disposizione in tema di controlli del D.M. 5 luglio 2012 è riportata negli stessi termini anche nell'art. 24 ("Procedure applicative, controlli e monitoraggio") del quasi coevo D.M. 6 luglio 2012, che regola la *Incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici - Attuazione articolo 24 del Dlgs 28/2011*. Quanto alla materia della Cogenerazione ad Alto Rendimento (CAR), l'art. 11, comma 2, del D.M. 5 settembre 2011 attribuisce al GSE, sempre in conformità con le previsioni di cui al D. Lgs. 28/2011, il potere di effettuare ispezioni in sede locale per accertare la conformità dei dati trasmessi alla reale situazione.

La disciplina organica delle modalità con cui si svolgono i controlli e delle possibili conseguenze di eventuali rilievi negativi si deve all'adozione da parte del Ministero dello Sviluppo Economico del D.M. 31 gennaio 2014⁵⁴¹ (cd. D.M. Controlli), in attuazione dell'articolo 42 del D.lgs. 28/2011. Il decreto, dopo aver definito l'ambito di applicazione ed indicato i soggetti a vario titolo coinvolti, specifica le modalità operative di attuazione delle verifiche e il perimetro su cui queste devono essere effettuate⁵⁴². In sostanza, i controlli sono volti alla verifica della sussistenza o della permanenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e dei presupposti per il riconoscimento o il mantenimento degli incentivi⁵⁴³.

La disciplina organica si preoccupa anche di specificare quanti controlli debbano essere posti in essere da parte del soggetto preposto, imponendo una programmazione pluriennale e dettando limiti quantitativi, differenti a seconda della tipologia di verifica (documentale o tramite sopralluogo)⁵⁴⁴. In questo ambito, quindi, i controlli sono obbligatori, ma su una platea predeterminata di operatori economici, in modo tale da assicurare un monitoraggio continuo, garantendo allo stesso tempo l'efficienza e l'efficacia e la sostenibilità, anche dal punto di vista delle risorse impiegate, dell'attività di verifica. Il dovere puntuale di approfondimenti sorge nei casi in cui il GSE sia reso edotto, ai sensi dell'art. 42, comma 3 del decreto legislativo n. 28 del 2011, di irregolarità rilevanti ai fini

Il più recente D.M. 23 giugno 2016, che ha sostituito il D.M. 6 luglio 2012 in materia di FER diverse dal fotovoltaico, all'art. 26, comma 3, rimanda direttamente al D.M. 31 gennaio 2014 per la disciplina relativa all'attività di verifica e controllo.

⁵⁴¹ D.M. 31 gennaio 2014, *Attuazione dell'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, sulla disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del Gestore dei Servizi Energetici GSE S.p.a.*

⁵⁴² Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 1, questi specifici controlli "non comprendono né sostituiscono i controlli che, in base alle discipline di riferimento, sono attribuiti a specifici soggetti pubblici o concessionari di attività di servizio pubblico, i quali continuano ad esserne conseguentemente e pienamente responsabili".

⁵⁴³ Cfr. art. 3, comma 1, lett. b), D.M. 31 gennaio 2014, che definisce espressamente i controlli su impianto come una forma di "attività di accertamento e riscontro, anche mediante sopralluogo, volta alla verifica della sussistenza ovvero della permanenza dei presupposti per l'erogazione degli incentivi, con particolare riguardo alla fonte utilizzata, all'entrata in esercizio, alla conformità ed al corretto funzionamento di componenti, apparecchiature, opere connesse e altre infrastrutture degli impianti e alla veridicità delle informazioni contenute in atti, documenti, attestazioni, comunicazioni e dichiarazioni forniti dal titolare dell'impianto".

⁵⁴⁴ Cfr. art. 6, commi 1, 2 e 3, D.M. 31 gennaio 2014, rubricato "Programmazione dell'attività di controllo": 1. L'attività di controllo è svolta sulla base di una programmazione annuale e triennale a cura del GSE. 2. La programmazione dei controlli documentali senza sopralluogo è effettuata su base annuale e triennale. Il GSE assicura lo svolgimento annuale di controlli su non meno del 50% delle nuove istanze di incentivo e lo svolgimento triennale di controlli su non meno del 15% delle istanze relative a impianti già incentivati e non oggetto di precedenti controlli. 3. La programmazione dei controlli con sopralluogo è effettuata su base triennale. Il GSE garantisce lo svolgimento di controlli triennali su non meno del 10% della potenza di tutti gli impianti incentivati di cui almeno la metà senza preavviso, tenendo conto dei fattori di rischio, quali la rilevanza economica degli incentivi, la data di entrata in esercizio e la potenza degli impianti in relazione all'incentivo riconosciuto."

dell'erogazione degli incentivi, segnalate dagli altri soggetti pubblici⁵⁴⁵, analogamente a quanto previsto dall'art. 71, comma 1, d.P.R. 445/2000⁵⁴⁶.

I controlli possono essere di due tipi, meramente documentali o mediante sopralluogo. In entrambi i casi è espressamente previsto che gli stessi vengano condotti attraverso lo svolgimento di un procedimento ai sensi della legge n. 241/90; questo significa che, quando il soggetto pubblico preposto avvia tali accertamenti, anche dopo aver già riconosciuto la spettanza dei benefici, è tenuto al rispetto delle garanzie di partecipazione imposte dalla legge sul procedimento amministrativo, a cominciare dalla comunicazione di avvio ai sensi dell'art. 7, comma 1, legge n. 241/90; il procedimento, poi, dovrà svolgersi nel pieno contraddittorio con l'operatore economico, che dovrà essere posto nelle condizioni per contribuire alla dimostrazione circa il possesso dei requisiti condizionanti l'erogazione,⁵⁴⁷ allegando memorie e presentando le proprie osservazioni⁵⁴⁸. È agevole constatare come in questi casi, come d'altronde avviene per l'esercizio dei poteri ispettivi più in generale, l'attività amministrativa incida fortemente sul rapporto tra autorità e libertà e debba, pertanto, essere guidata da una soglia minima di criteri ordinatori⁵⁴⁹. L'unica possibile deroga alla necessità del rispetto della sequenza procedimentale ordinariamente imposta soprattutto per i procedimenti avviati d'ufficio⁵⁵⁰ è prevista per i controlli “senza

⁵⁴⁵ Cfr. art. 6, comma 4, D.M. 31 gennaio 2014.

⁵⁴⁶ Ai sensi del quale “Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47”.

⁵⁴⁷ Cfr. art. 1, comma 3, e art. 7 D.M. 31 gennaio 2014.

⁵⁴⁸ In particolare, per le verifiche mediante sopralluogo, cfr. art. 8, comma 4, D.M. 31 gennaio 2014, a mente del quale “Ai sensi dell'art. 10 della legge n. 241 del 1990, il titolare dell'impianto ha il diritto di presentare memorie scritte e documenti, che il GSE ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti ai fini dell'attività di controllo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni il GSE dà ragione nella motivazione dell'atto finale”

⁵⁴⁹ In questi termini, in relazione all'applicabilità alle ispezioni amministrative della legge n. 241/90, si veda F. DI LASCIO, *Le ispezioni amministrative sulle imprese*, cit., 164 ss.,

⁵⁵⁰ È noto in proposito quell'orientamento che predica l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento solo per i procedimenti avviati d'ufficio, escludendolo, invece, per quelli ad iniziativa di parte, costituendo in questi casi una “mera duplicazione di formalità”. Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 201. In questo senso si esprime anche l'orientamento prevalente della giurisprudenza. Si vedano, *ex multis*, T.A.R. Toscana, sez. III, 8 aprile 2011, n. 653; Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2009, 2646; *Id.*, 31 maggio 2003, n. 3037. In senso contrario, invece, si sostiene che la comunicazione di avvio sarebbe necessaria anche nei procedimenti ad istanza di parte, perché avrebbe un contenuto più ampio rispetto alla mera informazione dell'inizio del procedimento. In questo senso E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 392; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998, 43. In giurisprudenza si veda Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2008, m. 3327. Parte degli interpreti evidenzia come in questi procedimenti la comunicazione, a ben vedere, dovrebbe riguardare solo i soggetti per legge legittimati ad intervenire e coloro che potrebbero subire un pregiudizio dal provvedimento finale. Si veda in tal senso M.C.

preavviso”, che consentono verifiche ispettive “a sorpresa”, in quanto volte ad accertare la configurazione impiantistica e la sua rispondenza attuale al quadro normativo e regolamentare senza che questa possa essere oggetto di modifica da parte del titolare dell’impianto nel tempo intercorrente tra l’avvio del procedimento e il sopralluogo. È evidente che, in queste ipotesi, nelle quali si impone il carattere autoritativo dell’ispezione, la comunicazione *ex art. 7* legge n. 241/90 frustrerebbe le finalità del controllo. La previsione è in linea con i rilievi di quella scienza giuridica che ha sostenuto che, pur essendo questa una disposizione di portata generale, l’obbligo che impone alle amministrazioni di rendere noto l’avvio del procedimento non possa trovare applicazione incondizionata nel caso delle attività ispettive; comunicare previamente agli ispezionati l’imminente controllo potrebbe, infatti, comprometterne l’esito in modo irrimediabile⁵⁵¹. Anche la giurisprudenza ha condiviso questo approccio, sostenendo – proprio con riferimento alle verifiche nel settore degli incentivi alle energie rinnovabili – che “le norme di settore non obbligano il GSE a dar conto di eventuali "ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento" idonee a giustificare il mancato "preavviso". Il che, del resto, ben si giustifica sul piano sostanziale, avuto riguardo all'esigenza di assicurare al Gestore la possibilità di effettuare ispezioni "a sorpresa"”⁵⁵². La tutela dei diritti del privato è comunque garantita dalla previsione per la quale “a garanzia della partecipazione degli interessati al procedimento, nel caso di controlli senza preavviso, le indicazioni di cui all’art. 8 della legge n. 241 del 1990 sono comunicate senza indugio dopo lo svolgimento delle operazioni di controllo”.⁵⁵³

Giova evidenziare che la verifica documentale su quanto allegato nel corso del procedimento volto al riconoscimento dell’incentivazione lascia comunque impregiudicato il potere-dovere del Gestore nel controllare i dati forniti dai soggetti che presentano istanze di incentivo, soprattutto nel caso di istanze rese in forma di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, che, come vedremo, contiene a sua volta

ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 303.

⁵⁵¹ Si veda V. TENORE, *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, Milano, Giuffrè, 1999, 71 e F. DI LASCIO, *op. ult. cit.*, 171 ss. Sul punto anche G. ARENA, *Il segreto amministrativo, Profili teorici*, Padova, Cedam, 1984, 235, evidenza che le attività ispettive, di controllo e di supervisione, “sono attività il cui scopo non potrebbe essere raggiunto se le informazioni concernenti i rispettivi tempi e modi fossero divulgate in anticipo”. La necessità dell’effetto sorpresa quale elemento indispensabile, ad esempio, per l’effettività dei controlli nel settore ambientale è confermata anche dalla giurisprudenza, che legittima a tal fine l’omissione della comunicazione di avvio. Cfr. T.A.R. Toscana, II, 3 agosto 2012, n. 1437, T.A.R. Umbria, I, 26 agosto 2011, n. 271 e T.A.R. Puglia, 24 gennaio 2006, n. 488,

⁵⁵² Così T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 28 dicembre 2017, n. 12758.

⁵⁵³ Così art. 7, comma 5, D.M. 31 gennaio 2014.

disposizioni che regolano espressamente la fase di riscontro sulla veridicità di quanto dichiarato⁵⁵⁴. Ad un sistema di controlli “settoriali” si affianca, dunque, il dovere generale dell’amministrazione di premunirsi della non falsità delle autocertificazioni presentate per provare determinati elementi rilevanti ai fini dell’adozione della determinazione finale⁵⁵⁵.

L’attività di controllo è, dunque, volta a verificare che l’impianto sia dotato di tutte le caratteristiche e risponda a tutti i requisiti prescritti dal quadro normativo di riferimento, per come dichiarati in fase di ammissione agli incentivi: il Gestore accerta che non vi siano scostamenti rispetto alle previsioni normative e regolamentari sia dal punto di vista tecnico che autorizzativo e che l’iniziale istruttoria svolta sulla base delle dichiarazioni dell’operatore circa il possesso dei requisiti non sia stata viziata o comunque indirizzata in modo non legittimo verso l’esito positivo per il richiedente proprio a causa della non rispondenza al vero delle allegazioni.

Il procedimento di controllo, infine, si conclude con l’adozione di un atto espresso e motivato sulla base delle risultanze raccolte nel corso del controllo, delle ragioni giuridiche su cui si fonda e delle eventuali osservazioni presentate dall’interessato, potendo individuare una eventuale violazione – comportante una serie di conseguenze specifiche sull’operatore – oppure convalidare la conformità dell’impianto ai fini dell’erogazione degli incentivi⁵⁵⁶.

Un aspetto di non poco rilievo in relazione ai controlli è certamente quello relativo al fattore temporale: è evidente che, come per il settore edilizio e, in particolare, per i procedimenti basati sulla s.c.i.a., la limitazione entro un determinato termine della possibilità dell’amministrazione di incidere sull’ampliamento della sfera giuridica del destinatario costituisce un elemento di non poco conto ai fini del funzionamento dei modelli procedurali in autocertificazione, garantendo la stabilità delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti e, quindi, delle scelte, anche di investimento, effettuate.

Nel particolare settore dell’attività amministrativa volta ad incentivare la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile e, quindi, a monte, gli investimenti del settore, a ben vedere, l’esigenza che si presenta è anche un’altra: quando un operatore

⁵⁵⁴ Cfr. art. 1, comma 3, D.M. 31 gennaio 2014.

⁵⁵⁵ Naturalmente, anche i controlli mediante sopralluogo possono includere l’esame di documentazione, ivi inclusa quella obbligatoriamente tenuta presso l’impianto da parte dell’operatore. Cfr. art. 9, commi 2 e 3, D.M. 31 gennaio 2014.

⁵⁵⁶ Cfr. art. 10 D.M. 31 gennaio 2014. Si evidenzia che, nonostante la disposizione si riferisca testualmente ai solo controlli con sopralluogo, non può dubitarsi della necessità di conclusione del procedimento attraverso un provvedimento espresso anche nel caso di controllo documentale, pena l’assoluta incertezza per l’operatore economico in ordine all’esito dello stesso e l’impossibilità di attivare la tutela giurisdizionale su una specifica determinazione dell’amministrazione.

economico trasmette un'istanza di ammissione ai benefici pubblici, infatti, allega una serie di dati e informazioni atti a dimostrare la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e dei presupposti per il riconoscimento degli stessi. L'amministrazione, dal canto suo, deve valutare la richiesta ed adottare una determinazione espressa contenente una valutazione in termini di effettiva rispondenza alle previsioni normative e regolamentari; non vi è, quindi, una legittimazione *ex lege* alla percezione degli incentivi, come avviene per la s.c.i.a. o per la c.i.l.a., ma una legittimazione che deriva da un provvedimento amministrativo che riconosce espressamente la spettanza del bene della vita a cui l'interessato aspirava. Che finalità possono avere, quindi, i controlli, se il soggetto pubblico ha già a monte verificato la sussistenza delle condizioni di legge? La risposta si rinviene, innanzitutto, nella particolare tipologia di rapporto che si instaura tra il produttore di energia elettrica ed il soggetto pubblico erogatore: tra i due, infatti, sorge un rapporto di durata, all'interno del quale, da un lato, l'operatore è tenuto a produrre l'energia elettrica con le modalità dichiarate ed accertate in sede di ammissione e, dall'altro, l'amministrazione deve erogare periodicamente l'incentivo nella misura e secondo le tempistiche definite nel provvedimento di ammissione e nella successiva convenzione stipulata⁵⁵⁷. Il diritto ai benefici, in ogni caso, è normalmente riconosciuto per una durata che varia in relazione alla tipologia di fonte, ma che può arrivare anche fino a trenta anni⁵⁵⁸. È evidente che, nel corso del rapporto, potrebbero verificarsi dei mutamenti nei requisiti soggettivi ed oggettivi tali da incidere sul diritto all'erogazione. Il potere di controllo, quindi, resterebbe in capo al Gestore per tutto il tempo della durata del rapporto incentivante e sarebbe, anzi, "giustificato"⁵⁵⁹, secondo l'interpretazione della giurisprudenza, proprio dalla pendenza di

⁵⁵⁷ Cfr. art. 24, comma 2, lett. d) D. Lgs. 28/2011, a mente del quale "gli incentivi sono assegnati tramite contratti di diritto privato fra il GSE e il soggetto responsabile dell'impianto, sulla base di un contratto-tipo definito dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del primo dei decreti di cui al comma 5". In relazione alla natura giuridica del rapporto che si instaura tra il GSE e l'operatore economico si veda Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 16, che li definisce come "negozi di diritto privato" accessori a provvedimenti di concessione dell'incentivo, non riducibili a contratti finalizzati ad esclusivo profitto dell'operatore, ma in veste di "strumenti di regolazione, volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche nell'equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico."

⁵⁵⁸ Come previsto, ad esempio, per alcuni impianti alimentati da fonte idraulica dal D.M. 23 giugno 2016.

⁵⁵⁹ In questo senso cfr. T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 9 luglio 2018, n. 7563, secondo il quale l'art. 42 d. lgs. 28/2011 conferisce all'amministrazione un "potere immanente di verifica della spettanza dei benefici previsti per la produzione di energia elettrica, potere la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso". In questo senso si vedano anche, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, n. 1002; T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, sent. 2 febbraio 2018, n. 1300; sent. 28 febbraio 2017, n. 2954, secondo cui "l'attività di verifica del GSE può svolgersi per tutta la durata di erogazione

questo. D'altro canto, anche i singoli decreti che disciplinano nel dettaglio condizioni e modalità per l'attribuzione dell'incentivazione, sottopongono espressamente il conferimento al possibile espletamento di verifiche in merito alla spettanza dei benefici⁵⁶⁰. Ancora più significativamente, poi, in alcuni casi le norme disciplinanti i controlli rinviano direttamente anche alle verifiche sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive *ex d.P.R.* 445/200, le quali – come a seguire si analizzerà – non sono sottoposte ad un termine espresso⁵⁶¹.

La questione relativa al termine entro cui le verifiche possono essere condotte si intreccia con quella relativa alla qualificazione del potere esercitato. Ci si è chiesti, in particolare, se il soggetto pubblico, nell'intervenire su determinazioni di erogazione già assunte, facendo venire meno il diritto al beneficio, eserciti un potere di autotutela ai sensi dell'art. 21^{nonies} legge n. 241/90. È evidente che, se la risposta al quesito fosse positiva, le condizioni per l'esercizio del controllo sarebbero quelle fissate dalla legge generale sul procedimento amministrativo e, quindi, a parte l'illegittimità del provvedimento per assenza originaria dei requisiti per l'incentivazione, non considerando quell'orientamento che predica l'interesse all'annullamento *in re ipsa*⁵⁶², anche l'interesse pubblico adeguatamente temperato con gli altri interessi in rilievo ed il rispetto del termine ragionevole oggi fissato in diciotto mesi.

Tuttavia, il carattere del rapporto che si instaura tra il percipiente e

dell'incentivo, non essendo previsto per l'esercizio dei poteri di verifica alcun termine decadenziale di attivazione. Si tratta, infatti, di fondi pubblici il cui recupero, in caso di illegittima erogazione, è imposto dalla legge.”

⁵⁶⁰ Così, ad esempio, in materia di incentivi agli impianti fotovoltaici, il D.M. 28 luglio 2005, all'art. 8, comma 5, espressamente dispone che la falsa dichiarazione comporta la decadenza dal diritto alla tariffa incentivante “sull'intera produzione e per l'intero periodo di diritto alla stessa”, così confermando il possibile intervento dell'amministrazione durante tutto il corso del rapporto incentivante. Previsioni simili si rinvencono nei D.M. 19 febbraio 2007 (art.11). Il D.M. 18 dicembre 2018, disciplinante l'incentivazione di FER diverse dal fotovoltaico tramite il precedente meccanismo dei “certificati verdi”, prevede che l'emissione dei certificati verdi e l'erogazione delle tariffe omnicomprendenti sono subordinate alla verifica dell'attendibilità dei dati forniti e che, a tal fine, il GSE dispone verifiche e controlli “sugli impianti in esercizio [...]”, a conferma del possibile controllo per tutta la durata della vita utile dell'impianto, per quanto sottoposta all'erogazione dei benefici.

⁵⁶¹ cfr. art. 13 D.M. 5 luglio 2012 e art. 24 D.M. 6 luglio 2012

⁵⁶² In merito all'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio *in re ipsa* sui provvedimenti che comportino l'esborso illegittimo di risorse pubbliche si veda G. CORSO, *Autotutela (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006; G. BARONE, *L'autotutela a presidio del denaro pubblico. Consigli per un uso ragionevole*, in *giustamm.it*, 2007, n. 7. In proposito, è stato sottolineato come la riforma della pubblica amministrazione del 2015 abbia, in realtà, fatto venire meno la doverosità dell'annullamento d'ufficio nel caso di illegittimo esborso di denaro pubblico, imponendo comunque una comparazione degli interessi coinvolti. Per un'analisi si rinvia ad A. GUALDANI, *La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *federalismi.it*, 2018, 2.

l'amministrazione, che implica un'erogazione parziale e periodica ripetuta nel tempo fino al termine finale previsto nella convenzione stipulata con l'operatore, a fronte della contestuale produzione di energia elettrica da parte del titolare dell'impianto, non sembra nell'interpretazione maggioritaria compatibile con un'eventuale imposizione di un termine finale per la correzione di mancanze pur presenti *ab origine* nel rapporto tra privato e amministrazione. Trattandosi di un'attività di vigilanza, l'esercizio della stessa, per sua natura, dovrebbe poter avvenire in qualsiasi momento dell'attività del soggetto vigilato, onde accertare la persistenza continuativa nel tempo dei requisiti in capo ai soggetti beneficiari di forme di incentivazione oppure appurare se le loro dichiarazioni, che hanno consentito di ottenere quei benefici, siano conformi al vero⁵⁶³. La giurisprudenza sul punto è pressoché granitica nell'affermare che il potere di verifica sia intrinsecamente legato alla funzione di controllo che è permanente ed irrinunciabile, anche in considerazione dell'esborso di risorse pubbliche, sottoposto, in caso contrario al rischio di illegittima erogazione⁵⁶⁴. Ancora più nello specifico, l'attività di verifica è considerata una fase fisiologica a valle del provvedimento di ammissione agli incentivi, in quanto il procedimento di riconoscimento degli stessi si atteggia a "fattispecie a formazione progressiva in cui l'attività di verifica rappresenta il contenuto di una fase del tutto ordinaria e normale", non di revisione né di riesame e non riferibile perciò alla funzione dell'autotutela⁵⁶⁵. Il controllo si concretizza, quindi, in "un accertamento sostanziale che completa il procedimento finalizzato al riconoscimento dei requisiti", volto a verificare se la rappresentazione che il privato ha fornito degli impianti ai fini del riconoscimento rifletta o meno i contenuti tecnici dell'atto normativo di riferimento e ad appurare se le dichiarazioni che hanno consentito di ottenere i predetti benefici siano conformi al vero⁵⁶⁶. Anche in questo settore il procedimento mediante autocertificazione assume evidenti finalità di semplificazione ed accelerazione della concessione del beneficio, ma la verifica senza termini si impone proprio per la necessità di evitare l'illegittima corresponsione di

⁵⁶³ In questi termini Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, sent. 3032.

⁵⁶⁴ Sul punto cfr. T.A.R. Lombardia, 28 maggio 2014, sent. 1367, che sottolinea il fatto che il recupero delle risorse pubbliche, in caso di illegittima erogazione, è imposto dalla legge, configurandosi altrimenti una responsabilità verso l'erario, nonché in danno dei consumatori finali.

⁵⁶⁵ Così, cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 28 giugno 2018, n. 7220; *Id.*, 21 aprile 2016, n. 4613; *Id.*, 24 gennaio 2016, n. 1266, che, d'altro canto, sottolinea anche che, nonostante la non riconducibilità alla fattispecie delineata dall'art. 21*nonies* legge n. 241/90, anche in questa ipotesi l'esigenza di evitare un esborso di risorse pubbliche costituirebbe "ragione di pubblico interesse sufficiente per l'adozione del provvedimento di annullamento", non potendo configurarsi alcun affidamento meritevole di tutela giuridica nel caso in cui il beneficio sia basato su dichiarazioni non coerenti con la realtà dei fatti.

⁵⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, sent. 1002; *Id.*, 31 ottobre 2011, n. 5815/2011

risorse pubbliche comprensibilmente scarse in un arco temporale prolungato.

In sostanza, ad una prima verifica solo documentale, ovvero estrinseca e meramente cartolare, che viene svolta dal soggetto pubblico sulla base delle autocertificazioni presentate dei privati interessati, segue – o meglio, potrebbe seguire – una fase di verifica sostanziale, che è diretta ad accertare, spesso mediante sopralluoghi, la veridicità delle dichiarazioni rese dalla società. Il primo riconoscimento, pertanto, è solo provvisorio, perché i dati contenuti nelle dichiarazioni vengono solo esaminati nella loro idoneità estrinseca ad integrare la completezza delle informazioni che devono essere oggetto di autocertificazione e la rispondenza ai parametri minimi; questa rispondenza, però, non è definitiva – cioè oggetto di un accertamento costitutivo della condizione rappresentata dal dichiarante – ma è semmai condizionata al riscontro puntuale della situazione realmente esistente⁵⁶⁷. È escluso, pertanto, che il potere esercitato possa ricondursi alla generale potestà di autotutela ex art. 21 *nonies* legge n. 241/90, essendo, invece, assoggettato ad una disciplina speciale oggi contenuta nell'art. 42 D.lgs. 28/2011 e nel relativo D.M. attuativo, trattandosi di un settore peculiare dell'attività amministrativa, rispetto al quale la potestà di controllo attribuita al soggetto pubblico è disciplinata da norme parimenti speciali⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Ancora Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, sent. 1002. Di recente si veda T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 9 luglio 2018, n. 7563/2018, secondo cui “il Gestore, anche qualora non avesse apposto riserve in sede di ammissione ai benefici, ben avrebbe potuto verificare in seguito, nel corso dell'incentivazione, la sussistenza dei requisiti necessari per l'erogazione del premio ed eventualmente disporre la "decadenza" nel caso di riscontro della non spettanza (con le conseguenti statuizioni restitutorie). Può pertanto ritenersi che la condotta censurata sia giustificabile alla luce del principio di continenza (il più comprende il meno), non potendo la ricorrente dolersi del fatto che il G., anziché procedere direttamente alla verifica dei requisiti dopo averla ammessa de plano agli incentivi, l'abbia in un certo senso avvertita della "precarietà" del titolo (anzi, questo contegno ha messo l'interessata in grado di adottare eventuali cautele sull'impiego delle relative somme).”

⁵⁶⁸ Questa interpretazione è stata di recente confermata ancora una volta dalla giurisprudenza amministrativa, che ha significativamente affermato che “il potere nella specie esercitato dal GSE non appare riconducibile al paradigma normativo dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990. Quello oggetto della presente causa è, infatti, un settore speciale di attività amministrativa, preordinato al conferimento di incentivi pubblici, rispetto al quale la potestà di controllo che la legge attribuisce al GSE è autonomamente regolata dall'art. 42 del D. Lgs. n. 28 del 2011: e tale potestà di controllo, nell'ambito della valutazione dei progetti di efficientamento energetico, ben può essere condotta dal GSE anche successivamente all'approvazione di una PPPM, ossia in sede di attività di verifica e di certificazione, come è oggi espressamente confermato dalle nuove disposizioni (ancorché non direttamente applicabili alla fattispecie *ratione temporis*), di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 42 del D. Lgs. n. 28 del 2011, introdotti dalla legge n. 124 del 2017 (cfr. TAR Lazio, Roma, questa sez. III-*ter*, sent. n. 11009 del 2017). Del resto, l'art. 42 del D. Lgs. n. 28 del 2011, entrato in vigore in epoca successiva all'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 (introdotto dall'art. 14 della legge n. 15 del 2005), non richiama, ai fini dell'esercizio del potere di “decadenza”, ivi citato, i presupposti sostanziali (interesse pubblico attuale e valutazione dell'affidamento) e temporali (termine ragionevole comunque non superiore a 18 mesi) alla cui sussistenza il citato art. 21 *nonies* ancora la legittimità del potere di autotutela (così la sent. n. 6643 del 2016 di questa Sezione)”. Cfr. T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 7 agosto 2018, n. 8845; in termini simili, T.A.R. Lazio,

Il limite temporale per lo svolgimento del controllo, pertanto, coincide con il termine del rapporto incentivante; né il potere pubblico di verifica potrebbe dirsi estinto per decorso del termine che la legge fissa per la conclusione del procedimento⁵⁶⁹. Questo termine è, infatti, da considerarsi ordinatorio, in mancanza di qualsiasi diversa indicazione normativa in termini di perentorietà dello stesso⁵⁷⁰. D'altro canto, la particolare connotazione del potere esercitato ha l'effetto di escludere che nel rapporto concessorio intercorrente tra Gestore e il fruitore degli incentivi quest'ultimo possa arrivare ad acquisire, grazie all'infruttuoso decorso del termine entro il quale concludere una verifica, una posizione tale da impedire ogni futuro esercizio delle attribuzioni di controllo – proprio come se si trattasse, per l'appunto, di un procedimento sanzionatorio colpito da un evento estintivo - e da consentirgli di percepire l'incentivazione pubblica ancorché in assenza dei necessari presupposti. Ad escludere un simile risultato, a ben vedere, vengono in rilievo anche i principi di buon andamento dell'attività amministrativa e di parità di trattamento tra gli operatori economici⁵⁷¹.

3. Le conseguenze dell'esito negativo dei controlli: la decadenza dal diritto all'ottenimento dei benefici e l'obbligo di restituzione degli incentivi percepiti

Nel momento in cui il legislatore ha adottato una disciplina organica dei controlli, indicandone, anche attraverso il decreto attuativo, modalità, tempi e finalità, ha altresì fissato in modo espresso le conseguenze nel caso in cui gli stessi abbiano esito negativo;

sez. Terza *Ter*, 28 febbraio 2017, n. 2954, secondo cui significativamente “Se quindi, come notoriamente affermato da questa Sezione, l'art. 42 cit. non disciplina un'ipotesi di autotutela ex art. 21-*nonies* L. 241/90, perché non consiste nel riesame di una determinazione precedentemente assunta in riferimento ad un'illegittimità coeva all'adozione dell'atto, il potere di disporre la decadenza dagli incentivi ha natura speciale rispetto all'ipotesi disciplinata dal citato art. 21-*nonies*.”
⁵⁶⁹ Ai sensi dell'art. 10, comma 1, D.M. 31 gennaio 2014, “Ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, il GSE stabilisce, in base a criteri di proporzionalità e di efficienza, il termine di conclusione del procedimento di controllo mediante sopralluogo. Nei casi di maggiore complessità può essere previsto un termine fino a 180 giorni.”

⁵⁷⁰ Cfr. art. 152, comma 2, c.p.c., secondo cui “i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori”. Secondo la giurisprudenza amministrativa maggioritaria, l'art. 152, 2° co., c.p.c., nell'affermare che “i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori”, detta “un principio generale del nostro ordinamento che è applicabile anche ai termini nei procedimenti amministrativi”. Così Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6430. Questo significa che la violazione del *dies ad quem* non può determinare effetti invalidanti dell'atto finale. Nel particolare settore agli incentivi alle energie rinnovabili, Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. Terza *Ter*, 9 luglio 2015, n. 9269; *Id.*, 7 agosto 2018, n. 8845.

⁵⁷¹ In questi termini cfr. da ultimo T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, sent 28 dicembre 2017, n. 12758 e 2 febbraio 2018, n. 1300.

sul punto, non ha peraltro innovato quanto già previsto dalle singole discipline di dettaglio regolanti l'erogazione di specifiche forme di incentivo.

L'art. 42, comma 3, del D. Lgs. 28/2011 dispone in generale che nel caso in cui nell'ambito dei controlli si riscontrino violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, l'amministrazione debba disporre il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi già concessi, procedendo in questo caso al recupero delle somme erogate. In aggiunta, è prevista la trasmissione all'Autorità di regolazione del settore energetico (oggi ARERA) dell'esito degli accertamenti per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481⁵⁷². La specificazione delle fattispecie che integrano le violazioni rilevanti è contenuta nel decreto attuativo del 2014, che all'art. 11 ribadisce l'obbligo di rigetto dell'istanza o di decadenza nel caso di accertamento delle violazioni specificatamente indicate nell'Allegato 1 allo stesso decreto. Si è scelto, quindi, di indicare in modo puntuale le singole fattispecie che determinano il venir meno del diritto ai benefici e il sorgere dell'obbligo restitutorio: rientrano tra queste ipotesi, in primo luogo, la falsità delle dichiarazioni rese dall'operatore ai fini dell'accesso agli incentivi, a cui si aggiungono quelle di mancato rispetto delle prescrizioni procedurali a cui è subordinato l'accoglimento dell'istanza (es. non osservanza dei termini per la conclusione dell'impianto o per la presentazione della domanda) o, ancora, degli obblighi di tenuta della specifica documentazione che consenta proprio lo svolgimento delle verifiche, eventualmente unitamente all'assunzione di un comportamento non collaborativo ai fini delle stesse⁵⁷³.

⁵⁷² L'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481 (*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*), attribuisce all'Autorità di regolazione – anche del settore energetico - poteri sanzionatori, stabilendo che, per lo svolgimento delle proprie funzioni, la stessa “irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 2.500 e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione”. In attuazione di quanto disposto dalla presente lettera è stata adottata la Del. 2 ottobre 2008, n. ARG/com 144/08.

⁵⁷³ L'allegato 1 contiene un'elencazione puntuale delle violazioni rilevanti, che sono individuate in: “ a) presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi, ovvero mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi; b) violazione del termine per la presentazione dell'istanza di incentivazione e, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso degli incentivi, la violazione del termine per l'entrata in esercizio; c) inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo; d) indisponibilità della documentazione da tenere presso l'impianto ai sensi dell'art. 9, comma 3, nel caso in cui se ne sia

Si tratta, in sostanza, di comportamenti che hanno influito sulla valutazione iniziale della domanda, viziando l'esame istruttorio dell'amministrazione che non avrebbe dovuto *ab origine* concedere i benefici, o di successivi contegni che allo stesso modo non consentono al soggetto pubblico di portare avanti in modo completo l'accertamento ispettivo ovvero che pongano il produttore in una posizione di maggiore favore rispetto a quella iniziale a causa di variazioni delle condizioni tecniche in origine possedute, tali da incrementare, anche solo in virtù delle caratteristiche di produttività dell'impianto, la somma complessivamente spettante⁵⁷⁴.

La falsità di quanto dichiarato e, in definitiva, la mancata integrazione delle condizioni legittimanti l'ottenimento del provvedimento favorevole conducono, quindi, alla perdita del diritto agli incentivi con efficacia retroattiva.

A questo punto gli aspetti da chiarire riguardano la discrezionalità con la quale l'amministrazione possa determinarsi all'esito del procedimento di controllo e le modalità o i limiti che in concreto possano o debbano guidare questa determinazione, l'eventuale rilevanza dell'elemento soggettivo e, quindi, una conseguente possibile graduazione delle misure adottate.

Partendo da questo ultimo aspetto, a ben vedere lo stesso art. 11 introduce un criterio di graduazione per i casi di mancato rispetto delle prescrizioni in interventi di minori dimensioni, tale da comportare uno scostamento della somma spettante entro una soglia limite. Non si applica la misura più grave dell'esclusione totale dai benefici quando ricorrano fattispecie nelle quali criteri di efficienza, efficacia, proporzionalità e

già accertata l'assenza nell'ambito di una precedente attività di controllo; e) comportamento ostantivo od omissivo tenuto dal titolare dell'impianto nei confronti del preposto al controllo o del gestore di rete, consistente anche nel diniego di accesso all'impianto stesso ovvero alla documentazione; f) manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata; g) alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata; h) interventi di rifacimento e potenziamento realizzati in difformità dalle norme di riferimento ovvero da quanto dichiarato in fase di qualifica o di richiesta dell'incentivo; i) inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto; j) insussistenza dei requisiti per la qualificazione dell'impianto, per l'accesso agli incentivi ovvero autorizzativi; k) utilizzo di combustibili fossili di due punti percentuali oltre la soglia consentita, non previamente comunicato al GSE; l) utilizzo di combustibili rinnovabili in difformità dal titolo autorizzativo o dalla documentazione presentata in sede di qualifica ovvero di istanza di incentivazione; m) mancata trasmissione al GSE della certificazione di fine lavori dell'impianto nei termini previsti dalla normativa di incentivazione, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso o della determinazione agli incentivi; n) utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati.”

⁵⁷⁴ Nella valutazione dei suddetti contenuti tecnici, peraltro, il GSE esercita la propria discrezionalità tecnica, come confermato dal Consiglio di Stato, che ha ritenuto insindacabili queste valutazioni tecniche “in carenza di elementi che ne possano comprovare la irrazionalità/abnormità/irragionevolezza” (Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2017, n. 19).

ragionevolezza suggeriscono una mera ridefinizione dell'incentivo spettante⁵⁷⁵. Tale possibilità, però, è esclusa nel caso in cui la violazione sia stata tale da influire sulla corretta competizione comparativa dell'operatore con gli altri privati aspiranti al beneficio; la finalità è evidentemente quella di colpire in misura maggiore i comportamenti elusivi della *par condicio* tra i diversi richiedenti⁵⁷⁶. Non si tratta, però, dell'attribuzione al GSE del potere di graduare la conseguenza della violazione rilevante ai sensi dell'Allegato 1 al decreto, ma della esclusione, direttamente ad opera del regolamento, della possibilità di comminare la decadenza quando la fattispecie rientri entro limiti dimensionali specificatamente individuati e non suscettibili di estensione.

Al di fuori di queste casistiche residuali, l'interpretazione pretoria sul punto ha chiarito che, una volta accertata in fase di verifica l'insussistenza o la grave difformità, rispetto alla situazione reale, di quanto dichiarato al momento della richiesta di accesso agli incentivi, il GSE non dispone di alcun margine di valutazione discrezionale, ma deve necessariamente applicare le conseguenze normativamente previste⁵⁷⁷. Il provvedimento di esclusione e recupero, infatti, si pone come un "atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti *ab origine* l'ammissione al finanziamento pubblico"⁵⁷⁸. Questa interpretazione si ricaverebbe, in primo luogo, dal dato testuale dell'art. 42 D.lgs. 28/2011 e del decreto attuativo, che al ricorrere delle "violazioni rilevanti" ricollegano il rigetto o la decadenza dai benefici. Un altro indice rilevatore si potrebbe rinvenire nelle finalità complessive della disciplina sulle verifiche, per come dettata anche solo dall'art. 42, il quale, a ben vedere, indica come presupposto per l'erogazione degli incentivi, la verifica dei dati forniti dai soggetti che hanno presentato la relativa istanza, "correlando agli esiti dei controlli ivi previsti precise conseguenze⁵⁷⁹". La gravità di queste conseguenze, peraltro, non può non imporre una lettura rigorosa delle

⁵⁷⁵ Cfr. art. 11, comma 2 del D.M. 31 gennaio 2014, che esclude la decadenza, ma impone solo il recupero delle somme indebitamente ottenute, nel caso in cui le violazioni rilevanti siano commesse in relazione ad impianti con potenza nominale fino a 20 kW e che comportano variazioni inferiori al 10% dell'importo degli incentivi annualmente percepiti dal titolare. Anche il comma 3, inoltre, impone una mera rimodulazione della tariffa se la violazione riscontrata non rientra tra quelle tipizzate nell'allegato al decreto, ma abbia solo inciso sull'esatta quantificazione degli incentivi ovvero dei premi, imponendone un ricalcolo anche con effetti retroattivi.

⁵⁷⁶ La disposizione sopra citata, infatti, fa salvi "i casi in cui la violazione abbia comportato l'elusione dei meccanismi di asta e registri".

⁵⁷⁷ Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50; sez. VI, 16 gennaio 2017, n. 93.

⁵⁷⁸ Cfr. la già citata pronuncia Cons. Stato, n. 50/2017 e T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 19 maggio 2017, n. 6014.

⁵⁷⁹ Così, anche prima dell'adozione del decreto del 2014, T.A.R. Lazio sez. Terza *Ter*, 21 gennaio 2013, n. 681, che espressamente evidenzia che "all'accertamento della mancanza di uno degli elementi che necessariamente devono sussistere ai fini dell'ammissione alla tariffa incentivante consegue l'esclusione dagli incentivi richiesti (e la restituzione delle relative somme, se già erogate)".

norme, escludendo qualsiasi interpretazioni estensiva o applicazione analogica⁵⁸⁰.

Inoltre, l'applicazione automatica delle conseguenze, secondo l'interpretazione maggioritaria, si ricollega alla rilevanza delle autodichiarazioni sulle quali il sistema si fonda⁵⁸¹. È questo, infatti, uno degli ambiti nei quali il principio di autoresponsabilità pare trovare un'estesa applicazione, in analogia e correlazione con i principi che guidano tutto il sistema delle dichiarazioni sostitutive. Se il meccanismo dell'accesso agli incentivi è modellato su un procedimento basato quantomeno in prima battuta su quanto rappresentato dall'operatore, è evidente che le responsabilità istruttorie che incombono sul privato gli impongono il massimo impegno per adoperarsi nel dare evidenza del possesso di tutti i requisiti soggettivi e tecnici; allo stesso tempo la scoperta della falsità della dichiarazione mina alla base l'accurato ed ordinato svolgimento del procedimento, vanificando, al contempo, gli obiettivi di effettivo apporto premiale da parte del legislatore nei confronti di iniziative imprenditoriali che concorrono al raggiungimento delle finalità pubbliche a fondamento del meccanismo⁵⁸².

Le dichiarazioni non veritiere sono in grado di alterare la *par condicio* tra gli operatori che si contendono risorse scarse, non solo nei meccanismi basati su procedure competitive come i registri o le aste, ma anche in tutti gli altri per i quali, non è difficile da comprendere, l'impegno di risorse pubbliche destinate ad un soggetto impedisce che delle stesse possa fruire un altro. Non stupisce, dunque, che la giurisprudenza sia molto chiara

⁵⁸⁰ Cfr. la già citata sentenza T.A.R. Lazio n. 681/2013, che aggiungeva che, in caso contrario, si sarebbe profilato il rischio di “contrasto con i principi costituzionali (e oggi anche comunitari) che presidiano tutti i procedimenti sanzionatori”, così mostrando di attribuire al sistema di misure decadenziali adottabili carattere sanzionatorio. In realtà, nel caso di specie oggetto della controversia era l'applicazione dell'art. 23, comma 3, del D. Lgs. 28/2011, che, come già ricordato, è stato dichiarato incostituzionale proprio a causa dell'eccessiva afflittività delle misure previste.

⁵⁸¹ Come si vedrà più avanti nel corso dell'analisi, la giurisprudenza interpreta costantemente il dato normativo sulle dichiarazioni sostitutive non richiedendo alcuna valutazione sul dolo o sulla colpa, anche grave, del dichiarante, “perché, se così fosse, verrebbe meno la *ratio* della disciplina che è volta a semplificare l'azione amministrativa, facendo leva sul principio di autoresponsabilità del dichiarante”. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2012, n. 2447. Così anche Cass. Civ., sez. Lavoro, 23 settembre 2016, n. 18719.

⁵⁸² In questo senso, Cons. Stato, n. 50/2017, che sottolinea come “in ogni operazione di finanziamento a carico dell'erario, il beneficio economico è riferibile ad un obiettivo essenziale perseguito dalla relativa disciplina di settore (sia normativa che amministrativa); il finanziamento è preordinato al soddisfacimento di un interesse istituzionale che trascende, cioè, pur implicandolo, l'interesse dei destinatari; vale a dire che in ogni operazione di finanziamento non è intellegibile solo un interesse del beneficiario ma anche quello dell'organismo che lo elargisce il quale, a sua volta, altro non è se non il portatore degli interessi, dei fini e degli obiettivi del superiore livello politico istituzionale; logico corollario è che le disposizioni attributive di finanziamento devono essere interpretate in modo rigoroso e quanto più conformemente con gli obiettivi avuti di mira dal normatore, anche allo scopo di evitare che si configurino aiuti di stato illegittimi (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 3778 del 2012; sui principi generali in materia di contributi pubblici, Ad. Plen. n. 20 del 2012; Corte giust. UE, sez. VIII, 26 maggio 2016, C-273/15)”.

nel valorizzare le dichiarazioni rese dagli operatori richiamandosi al principio di autoresponsabilità che informa tutto il sistema delle dichiarazioni sostitutive e delle autocertificazioni, soprattutto nelle procedure di evidenza pubblica, da rendersi secondo diligenza e veridicità⁵⁸³.

Nel particolare settore in esame, a ben vedere, la *par condicio* tra gli operatori che aspirano agli incentivi, al cui rispetto devono attenersi i relativi procedimenti, deve essere certamente informata ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità⁵⁸⁴, ma non trova di fronte a sé un limite nel *favor participationis* che, invece, si impone nelle procedure volte all'assegnazione di un appalto pubblico. In questo ambito, inoltre, in maniera più forte si presentano evidenti esigenze di tutela della finanza pubblica, se si considera che nel solo 2017 il volume totale degli incentivi alle rinnovabili erogati è stato pari a 14,7 miliardi di euro⁵⁸⁵.

Il diverso equilibrio di valori coinvolti incide anche sui margini con i quali ammettere (o imporre) il potere di soccorso istruttorio: se, questo, in generale soddisfa l'esigenza di consentire la massima partecipazione ed orientare l'azione dell'amministrazione sulla verifica concreta dei requisiti posseduti, attenuando la rigidità delle forme, lo stesso non può, però, dirsi incondizionato, come è stato già analizzato nella parte dello studio relativa al settore degli appalti, dove le difficoltà di concreta declinazione dell'istituto hanno imposto più volte al legislatore di intervenire in modo espresso a dettarne condizioni e limiti. In questo senso, l'interpretazione pretoria ha individuato i confini di operatività del principio, ritenendolo temperato da diverse valutazioni che vengono in rilievo nelle procedure comparative e di massa o che pongono oneri specifici a chi vuol ottenere le scarse e non facilmente riproducibili risorse finanziarie pubbliche d'incentivo alle fonti d'energia rinnovabili. Per queste ipotesi gli obblighi di correttezza, che discendono dalla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità – fondati sugli artt. 2 e 97 Cost. – addossano al privato specifici

⁵⁸³ In merito si rimanda alle considerazioni svolte nelle parti precedenti del presente lavoro, sia in generale che in riferimento alle procedure di evidenza pubblica. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2016, n. 3014.

⁵⁸⁴ Sul bilanciamento dei principi che vengono in rilievo nella definizione dei confini del soccorso istruttorio nelle procedure volte all'assegnazione di contratti pubblici, che impongono una considerazione non solo del *favor participationis* e della *par condicio*, ma anche della certezza del diritto, della tutela dell'affidamento, della trasparenza e della proporzionalità, si rinvia alle considerazioni svolte in quella parte dello studio ed agli spunti offerti da S. DETTORI, *Riflessioni a margine del principio di affidamento nel soccorso istruttorio. Saggio di metagiurisprudenza*, cit.

⁵⁸⁵ Cfr. il Rapporto delle attività 2017, disponibile sul sito del GSE all'indirizzo https://www.gse.it/documenti_site/Documenti%20GSE/Rapporti%20delle%20attivit%C3%A0/rapporto%20in%20sintesiott.pdf.

oneri di collaborazione, chiamandolo a fornire informazioni complete, compilare moduli specifici e allegare ogni documento richiesto. A fronte del mancato assolvimento dell'onere, dovuto ad un adempimento rimasto inevaso entro il termine preciso individuato come limite per l'ottenimento del risultato utile sperato, l'amministrazione non potrebbe essere ritenuta obbligata ad acquisire documenti prodotti in un secondo momento⁵⁸⁶. In questi procedimenti, quindi, sebbene la disciplina generale applicabile sia quella della legge 241/90 ed i principi da questa fissati, il soccorso istruttorio trova i limiti derivanti dalla scansione procedimentale dalla disciplina speciale, che fissa termini specifici per l'allegazione dei dati e degli elementi rilevanti ai fini della prova di aspetti che condizionano l'ammissione al beneficio.

Le scansioni temporali che sono dettagliatamente fissate dal legislatore e dalla disciplina di attuazione tanto per l'operatore nello svolgimento di attività propedeutiche alla richiesta di incentivo quanto per l'amministrazione e lo stesso privato nel corso del procedimento, impediscono di supplire a carenze nelle allegazioni anche dopo lo spirare dei termini. Questi oneri sarebbero, così, collegati alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento e, in definitiva, alla migliore salvaguardia dell'interesse pubblico,⁵⁸⁷ che proprio la previsione di limiti temporali specifici vale a sottolineare con maggiore intensità⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Diffusamente la questione è trattata, *ex multis*, da Cons. Stato, n. 50/2017, secondo cui “[...] ove sia chiesto un adempimento (rimasto inevaso) entro un dato termine, decorso il quale non è più possibile ottenere, in via definitiva o nel determinato procedimento, un bene della vita governato dal pubblico potere, tale mancanza non può formare oggetto di domanda d'integrazione o di richiesta di acquisizione a carico della P.A. in base al cd. "obbligo di soccorso" ex art. 6 della l. 241/1990; infatti, la produzione postuma di un documento o, parimenti, di un documento richiesto in una determinata forma, non può avere l'effetto di sanare retroattivamente la causa di esclusione o il mancato impedimento della decadenza; sicché l'impresa non può fondatamente denunciare l'omessa attivazione del soccorso istruttorio, non potendosi configurare a carico della GSE S.p.A. alcun onere nei sensi invocati, poiché il diniego di ammissione alle tariffe incentivanti previste dal DM 19 febbraio 2007, a fronte della riscontrata assenza della condizione legale costituita dall'effettiva ultimazione dei lavori entro la data prevista dalla fonte primaria (31 dicembre 2010), è un atto dovuto, con la conseguenza che ogni eventuale apporto collaborativo da parte dell'appellante sarebbe stato comunque inidoneo a modificare il contenuto della determinazione finale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 2016 n. 2077; sez. IV, n. 209 del 2016)”.

⁵⁸⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 9/2014, secondo cui “il divieto di formalismo incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell'azione amministrativa: in questi casi l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento a cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti”.

⁵⁸⁸ Così T.A.R. Lazio, sez. Terza Ter, 11 luglio 2017, n.8204 che, a proposito del rigetto da parte del GSE di una richiesta di verifica e certificazione dei risparmi energetici conseguiti da un determinato intervento di efficientamento energetico, con il fine di ottenere i titoli di efficienza energetica (i cc.dd. certificati bianchi) ha giustificato la perentorietà dei termini previsti nel

3.2 Segue. Le problematiche connesse alla misura decadenziale

La questione relativa all'obbligatorietà o meno delle misure conseguenti alle violazioni rilevanti riscontrate, si collega anche a quella che ha ad oggetto la natura da attribuire alle stesse. Ci si chiede, in particolare, se si tratti di sanzioni amministrative, in linea con quella interpretazione dottrina che qualifica la decadenza come misura dotata di "carattere eminentemente sanzionatorio"⁵⁸⁹, riconducendola alla più ampia categoria delle sanzioni interdittive⁵⁹⁰. La risposta positiva, infatti, imporrebbe una serie di implicazioni, *in primis* in termini di effettiva graduazione delle conseguenze in dipendenza della gravità dell'inadempimento o della falsa dichiarazione, in correlazione con il rilievo da attribuirsi all'elemento personalistico, collegato all'indagine circa l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito amministrativo⁵⁹¹.

procedimento in oggetto anche in ragione del fatto che "il procedimento attiene in ultima analisi alla concessione di un beneficio finanziato con risorse pubbliche". Il Collegio, quindi, ha giustificato il mancato soccorso istruttorio in ragione della rilevata perentorietà dei termini procedurali.

⁵⁸⁹ Il riferimento è a G. SANTANIELLO, voce *Decadenza c) Diritto Amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 801, che si riferisce alla decadenza come un atto che segue ad un "provvedimento positivo con cui la pubblica amministrazione, con dichiarazione unilaterale di volontà, risolve il rapporto da essa posto in essere". Non potrebbe essere identificata come un atto di ritiro, quindi, perché non opererebbe su precedenti atti, ad esempio viziati per illegittimità o inopportunità, ma sui rapporti giuridici che scaturiscono da questi atti, determinandone l'estinzione. Secondo P. CERBO, *La decadenza dalla concessione di servizi: un atto sostanzialmente amministrativo?*, in *Urbanistica e app.*, 2014, 5, 574, nella particolare fattispecie delle concessioni, nello specifico, la qualificazione dell'atto come sanzione sarebbe confermata dalla previsione della necessità di assicurare all'interessato il contraddittorio che è volto alla pronuncia in merito alla pronuncia di decadenza; in questo senso, alcune discipline di settore dispongono in modo espresso la "previa contestazione dei motivi [di decadenza] al concessionario" (cfr. art. 41, comma 1, R.D. 29 luglio 1927/1443, in materia di miniere) o la concessione di un termine per le controdeduzioni (cfr. art. 47, comma 3, cod. nav. per le concessioni demaniali marittime). Partendo da queste previsioni, la giurisprudenza ha sostenuto che sia necessaria "fase in contraddittorio sulle circostanze/inadempimenti rilevati" ai fini della decadenza (così T.A.R. Sardegna, sez. I, 8 febbraio 2013, n. 111). La qualificazione come sanzionatoria di alcune ipotesi di decadenza è affermata anche da P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 479 ss.

⁵⁹⁰ A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1983, 137 ss, mette in luce come l'impiego del termine "sanzione amministrativa interdittiva" sia di derivazione penalistica, che usa l'espressione in riferimento alle misure penali accessorie che comportano l'inibizione ad un soggetto di una specifica attività, in modo definitivo o provvisorio. Come mette in luce l'Autore, nel nostro ordinamento si rinvengono misure amministrative con contenuto analogo alle sanzioni interdittive penali (es. perdita di capacità, decadenza da un ufficio, chiusura di un esercizio, sospensione di un'autorizzazione); tuttavia, questa analogia contenutistica non legittima *ex se* la qualificazione di queste misure amministrative come espressione di carattere sanzionatorio.

⁵⁹¹ Il riferimento è al fatto che la personalità del trasgressore è indicata come uno dei criteri su cui basarsi per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie dall'art. 11 legge 24 novembre 1981, n. 689, *Modifiche al sistema penale*, che dà rilievo anche alla capacità del trasgressore e all'elemento soggettivo (cfr. artt. 2 e 3), dettando una serie di principi di carattere generale per le sanzioni amministrative pecuniarie. La scienza giuridica, tuttavia, ne predica l'applicabilità anche

La rubrica dell'art. 42 D. Lgs. 28/2011, dedicato a “controlli e sanzioni”, non lascerebbe spazio a dubbi interpretativi; lo stesso potrebbe dirsi del decreto attuativo, che riporta la medesima dizione. Così pure, il riferimento alle “sanzioni” si rinviene nella disciplina di dettaglio relativa ad alcune forme incentivanti⁵⁹².

Tuttavia, come è stato notato⁵⁹³, se il provvedimento sanzionatorio deve essere ricondotto ad una potestà tipica dell'amministrazione, con riferimento ad uno specifico illecito e sulla base di criteri di responsabilità puntualmente fissati, occorre procedere ad un'individuazione precisa delle previsioni di sanzioni amministrative, anche non pecuniarie, all'interno dell'ordinamento; nella difficoltà di individuare le singole fattispecie sottoposte a sanzioni interdittive – non tipizzate nel nostro sistema – ed in presenza di misure eterogenee di analogo contenuto, ma differenti nella sostanza, è necessario soffermarsi sulla funzione pubblica di volta in volta esercitata attraverso l'attribuzione del potere di adottare una misura interdittiva eventualmente decadenziale. In sostanza, si può predicare il carattere sanzionatorio di un potere se il suo risultato non arreca nessun beneficio all'interesse pubblico leso dal comportamento privato ed ha, quindi, di fatto una finalità eminentemente punitiva⁵⁹⁴.

Non sempre, in effetti, la finalità e l'effetto concretamente prodotto sono afflittivi: in alcune ipotesi, questi provvedimenti non sono espressione di una potestà sanzionatoria, ma di un diverso potere indirizzato alla tutela degli interessi pubblici connessi ad uno specifico rapporto tra privato ed amministrazione. All'interno dell'ampio panorama di misure con caratteri latamente sanzionatori, quindi, occorre distinguere, da un lato, quelle che, pur se consistenti nell'inflizione di un “male” al privato come conseguenza della sua violazione di un precetto giuridico, hanno una funzione prettamente e direttamente riparatoria dell'interesse leso oppure ripristinatoria dello stato di fatto o diritto antecedente all'illecito; dall'altro, quelle che, invece, hanno una finalità più propriamente punitiva⁵⁹⁵.

alle altre sanzioni amministrative, ad esclusione di quelle disciplinari. In questi termini M.A. SANDULLI, *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, 6, secondo cui il capo I della legge n. 689/1981 avrebbe un contenuto “generalmente informatore dell'intero settore delle «pene» amministrative”. Così anche A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica Amministrazione*, cit..

⁵⁹² Ad esempio, il D.M. 5 luglio 2012, disciplinante gli incentivi per la produzione di energia da fonte fotovoltaica, dedica l'art. 13 a “Verifiche, controlli e sanzioni”; ugualmente l'art. 14 del D.M. 28 dicembre 2012 dedicato ai regimi di sostegno per gli interventi di efficientamento energetico è rubricato “Verifica dell'esecuzione tecnica ed amministrativa dei progetti e sanzioni”.

⁵⁹³ Il riferimento è a A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 139 ss.

⁵⁹⁴ Così, ancora, A. TRAVI, *op. ult. cit.*

⁵⁹⁵ Solo le misure sanzionatorie vere e proprie non mirano alla soddisfazione in modo diretto dell'interesse leso, ma alla “riprovazione giuridica dell'illecito consumato e alla dissuasione della

Indici rilevatori della natura sanzionatoria possono individuarsi sia nella potestà amministrativa di cui la misura costituisce effettivamente il riflesso, nell'eventuale complementarità con altre sanzioni pecuniarie, nella graduazione in funzione della gravità della condotta messa in atto ovvero nella valutazione posta in essere esclusivamente nei confronti della condotta pregressa, senza che ricorrano considerazioni circa lo svolgimento futuro di un'attività inizialmente legittima o della prosecuzione di un rapporto tra privato ed amministrazione. Di fatto, sovente la distinzione richiede un'analisi del contesto normativo nel quale la previsione si colloca⁵⁹⁶.

Nel campo delle erogazioni pubbliche, a bene vedere, le misure astrattamente adottabili, finalizzate in pratica al mero recupero di quanto erogato ed alla cessazione della corresponsione *pro futuro*, sembrano potersi considerare normalmente prive di connotazioni sanzionatorie, essendo per lo più di tipo "risolutorio"⁵⁹⁷. La configurazione che il legislatore ha voluto dare al sistema dei controlli e delle reazioni adottabili da parte del controllore pubblico appare tale da escludere la riconducibilità di quella che è a ben vedere l'unica misura adottabile, il cui contenuto si esprime nella decadenza *ex tunc* e nel necessario recupero di quanto erogato, alla categoria delle sanzioni amministrative. Al più, la si potrebbe ascrivere al novero delle misure amministrative sfavorevoli di tipo riparatorio-ripristinatore dello stato di fatto o di diritto antecedente alla violazione, che la scienza giuridica suole distinguere dalle sanzioni in senso stretto perché prive di qualsiasi carattere afflittivo⁵⁹⁸. Si tratta, quindi, di una misura ripristinatoria, che non colpisce il

consumazione da ulteriori violazioni, in un'ottica finalistica dell'interesse pubblico". Così M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 2009, 33-34.

⁵⁹⁶ I criteri distintivi sono riportati da M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 190-191 a proposito delle misure interdittive e della possibile distinzione tra "mere misure interdittive" ed interdizioni sanzionatorie, quali un atto di revoca.

⁵⁹⁷ A. TRAVI, *op. ult., cit.*, che evidenzia come spesso le norme di questo settore parlino indifferentemente di "revoca" e "decadenza", ma in genere non hanno contenuto afflittivo-sanzionatorio.

⁵⁹⁸ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da M.A. SANDULLI, *Sanzione. IV Sanzioni amministrative*, cit., 2, che evidenzia che "pare necessario distinguere, nell'ambito della vasta categoria dei fenomeni che presentano i suddetti caratteri, le «sanzioni» in senso stretto da tutte quelle misure le quali, pur consistendo, come le prime, nell'inflizione di un male in risposta alla contravvenzione ad un precetto giuridico, diverso dalla mera attuazione di quel precetto stesso, se ne differenziano poi profondamente sotto il profilo teleologico, in quanto assolvono ad una funzione (non già afflittiva, sebbene) direttamente e immediatamente riparatoria dell'interesse violato (secondo l'esempio classico della c.d. sanzione civile di risarcimento del danno) o ripristinatoria dello stato di fatto o di diritto preesistente all'illecito (v. *la reductio in pristinum*)". Così anche E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1997, secondo cui la sanzione "ha natura e funzione eminentemente afflittiva". L'Autore prosegue affermando che "[...] b) non è sanzione la dichiarazione di nullità o la rimozione dell'atto invalido, perché la reazione dell'ordinamento opera qui soltanto nei confronti dell'atto, mentre il soggetto rimane estraneo alla diretta considerazione normativa; c) non è sanzione la reintegrazione, in qualsiasi forma, dello stato di cose antecedente alla trasgressione, da cui esula qualsiasi finalità

soggetto o elementi connessi alla sua personalità, ma mira a reintegrare l'interesse giuridico leso alla corretta ripartizione delle risorse pubbliche in favore di iniziative imprenditoriali effettivamente meritevoli di incentivazione, secondo i prefissati parametri normativi e regolamentari⁵⁹⁹.

Una parte della scienza giuridica ha messo, infatti, in luce come il legislatore impegni il termine “decadenza” in relazione a fenomeni eterogenei per funzione e natura; questa circostanza ne impedisce la riconducibilità ad un unico istituto e fa al contempo dubitare della possibilità di riconoscervi una effettiva natura sanzionatoria⁶⁰⁰. A tale proposito una ricostruzione sistematica⁶⁰¹ in materia classifica la decadenza riconducendola essenzialmente a tre ipotesi: la c.d. decadenza in senso stretto, intesa come preclusione dovuta al mancato esercizio, entro un termine perentorio, di una posizione giuridica soggettiva dal contenuto attivo che ha origine in un provvedimento amministrativo; la decadenza che sorge come conseguenza di inadempimenti del privato rispetto ad obblighi, modi o ordini connessi ad un rapporto continuativo con la pubblica Amministrazione; infine, la decadenza che è causata dalla “sopravvenuta od originaria carenza dei presupposti necessari alla regolarità del rapporto”, quindi delle condizioni alla base del provvedimento ampliativo o funzionali all'instaurazione del rapporto con il soggetto pubblico. In tale tripartizione, la decadenza disposta dal GSE è riconducibile ad una di queste due ultime ipotesi, potendo essere comminata sia per inadempimenti posti in essere da parte del percipiente (ad esempio, la mancata comunicazione di un intervento che ha modificato l'impianto) sia per carenza dei requisiti che giustificano la concessione dei benefici, tanto

afflittiva”. La natura afflittiva delle sanzioni, in quanto volte a colpire l'autore dell'illecito, è evidenziata anche in B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Corso di diritto amministrativo, I. Istituzioni di diritto amministrativo*, V, Milano, Giuffrè, 2015, 343.

⁵⁹⁹ Per questo motivo non sono vere sanzioni amministrative quelle misure con finalità ripristinatorie che – in luogo del soggetto – colpiscono l'oggetto dell'attività posta in essere. Così B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*

⁶⁰⁰ In questi termini M.A. SANDULLI, *Decadenza e sanzione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1980 e diffusamente nel diverso contributo *Decadenza. II*), *Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., *passim*, riconduce la decadenza ai “provvedimenti ad effetto estintivo” per sopravvenuta cessazione di presupposti necessari per il rilascio dell'atto costitutivo del rapporto, riferendosi per lo più a ipotesi di decadenza del dipendente pubblico per perdita dei requisiti (es. cittadinanza), fattispecie che si affianca, senza possibile omogeneità, alla decadenza del concessionario di servizi “per grave ed essenziale inadempimento”. In altre ipotesi il termine decadenza è confuso con quello di revoca. In questa ricostruzione, comunque, la decadenza è inserita tra i poteri di autotutela, in quanto passibile di esecuzione coattiva senza il consenso del privato. In precedenza, ha fatto rientrare la decadenza tra gli atti di ritiro, espressione di autotutela amministrativa anche P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Palermo, 1956, 348.

⁶⁰¹ Questa tripartizione è contenuta in G. SANTANIELLO, *Decadenza c) Diritto Amministrativo*, cit., 800 ss e in M.A. SANDULLI, *Decadenza. II*), *Diritto amministrativo*, cit.

originaria, ma accertata solo a seguito del controllo, che sopravvenuta.

Ebbene, per tutte le forme di decadenza non sarebbe ravvisabile alcun profilo sanzionatorio⁶⁰²; per quel che qui interessa, non potrebbero qualificarsi sanzione né la seconda né, soprattutto, la terza ipotesi. Nell'un caso la cessazione del rapporto con l'amministrazione si profilerebbe come uno strumento analogo alla risoluzione per mancato adempimento nei rapporti contrattuali tra privati; in queste fattispecie le previsioni decadenziali, soprattutto nei rapporti concessori, non agirebbero con alcun intento punitivo, piuttosto delineandosi come conseguenza naturale della compromissione delle finalità pubbliche per le quali il rapporto era stato instaurato⁶⁰³. Nell'altra ipotesi, invece, quella della decadenza per carenza dei presupposti, la vera finalità della misura è assicurare che un determinato rapporto si svolga esclusivamente al ricorrere di specifiche condizioni⁶⁰⁴. La misura decadenziale, quindi, più che avere un intento afflittivo nei confronti dell'autore della violazione, si delinea come conseguenza automatica della verificata insussistenza di un presupposto giuridico necessario all'instaurazione di un determinato rapporto con il soggetto pubblico o alla ricezione, in generale, di un provvedimento favorevole.

Non sembra, quindi, potersi parlare di sanzione non solo dell'ipotesi in cui viene disposta la decadenza dagli incentivi e l'obbligo di restituzione di quanto già ricevuto nei

⁶⁰² Alcun intento punitivo sarebbe ravvisabile neanche nel caso della decadenza per mancato esercizio di un diritto o di una facoltà entro uno specifico termine, anche perché in questa ipotesi mancherebbe alla base proprio una lesione di altrui interesse, privato o pubblico, e la lesione di una norma giuridica.

⁶⁰³ In particolare, M.A. SANDULLI, *op.ult.cit.*, evidenzia come l'ipotesi trovi la sua massima applicazione in riferimento ai diritti che riguardano rapporti a carattere continuativo con la pubblica Amministrazione, in particolare quelli che originano da una concessione, durante la quale il privato ben può risultare inadempiente rispetto agli obblighi specifici del rapporto o violare i precetti giuridici che disciplinano il settore. Dal punto di vista funzionale, la decadenza opera a garanzia della parte non inadempiente. Anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., *passim*, si riferisce alla decadenza sempre in relazione ad un inadempimento o per la "sopravvenuta cessazione dei presupposti" che hanno giustificato l'adozione dell'atto costitutivo del rapporto e menziona la decadenza "per inadempimento sostanziale" dal contratto pubblico, equivalente alla risoluzione del contratto per inadempimento che in genere ha la parte privata nei contratti di diritto pubblico, che consiste in una delle "manifestazioni del potere di autotutela". Ancora, in relazione ai contratti accessivi a provvedimenti, l'Autore parla di decadenza per inadempimento sostanziale da parte del concessionario, come diritto potestativo dell'amministrazione di natura pubblica con cui si esercita la potestà di autotutela in ordine al provvedimento concessorio. Si sostanzia, quindi, in una "risoluzione autoritativa del contratto per grave inadempimento", volta a tutelare gli interessi pubblici che giustificavano a monte il rapporto di concessione.

⁶⁰⁴ Così M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, si riferisce al rapporto di pubblico impiego ed alle ipotesi di decadenza previste in passato dal d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*, pur se fenomeno presente anche nella materia delle concessioni o delle autorizzazioni. In particolare, l'Autrice riporta come esempio riconducibile a questa fattispecie di decadenza dal rapporto di pubblico impiego anche quella conseguente all'accertamento "che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile" (cfr. art. 127, comma 1, lett. d).

casi in cui venga meno il presupposto originario per l'incentivazione, ma anche quando il Gestore accerti, in un secondo momento, che il presupposto era del tutto carente *ab origine*. L'art. 42, comma 1, D.lgs. 28/2011, infatti, dispone in modo espresso che l'erogazione degli incentivi "è subordinata alla verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza", effettuata "attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti". L'unico presupposto al quale il legislatore ha condizionato la conseguenza della decadenza dagli incentivi ed il recupero di quanto già corrisposto è quello dell'accertamento di "violazioni [...] rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi". Secondo il decreto attuativo, inoltre, i controlli sono volti alla verifica tanto "della sussistenza" [quanto] della permanenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e dei presupposti per il riconoscimento o il mantenimento degli incentivi". Tant'è che, lo si ripete, le violazioni rilevanti indicate nell'allegato 1 al D.M. 31 gennaio 2014 sono integrate non solo da condotte poste in essere dopo il riconoscimento del beneficio e la stipula della convenzione, che abbiano determinato il venir meno dei requisiti per l'incentivazione⁶⁰⁵, ma anche da carenze originarie o da false dichiarazioni comunque rese ai fini dell'ammissione⁶⁰⁶.

L'interpretazione pretoria sul punto, a fronte delle censure da parte degli operatori economici volti a lamentare la mancata applicazione di una graduazione che dia rilievo all'elemento soggettivo ed alla concreta portata "offensiva" della difformità, salvo isolate pronunce⁶⁰⁷, tende per lo più unanimemente a negare la qualificazione in termini sanzionatori delle misure adottabili. I giudici amministrativi hanno sistematicamente sostenuto che il provvedimento di decadenza non abbia natura e finalità afflittive, ma sia, al contrario "un atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti *ab origine* l'ammissione al finanziamento pubblico"⁶⁰⁸. Il fondamento di questa interpretazione si rinviene proprio nelle previsioni dell'art. 42 D.lgs. 28/2011 e del decreto attuativo, ma anche in tutte le previsioni dei decreti che

⁶⁰⁵ Il riferimento è, ad esempio, alle lettere f), g), e h) dell'Allegato 1 al D.M. 31 gennaio 2014, che indicano le ipotesi di "f) manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata; g) alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata; h) interventi di rifacimento e potenziamento realizzati in difformità dalle norme di riferimento ovvero da quanto dichiarato in fase di qualifica o di richiesta dell'incentivo."

⁶⁰⁶ Cfr. Allegato 1 D.M. 31 gennaio 2014, lett. a) "presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi" e lett. j) "insussistenza dei requisiti per la qualificazione dell'impianto, per l'accesso agli incentivi ovvero autorizzativi";

⁶⁰⁷ In questo senso, tra le più recenti, si veda Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 2018, n. 6060, che ripetutamente qualifica le misure adottabili dal GSE come sanzioni.

⁶⁰⁸ Così Cons. Stato, n. 50/2017.

settorialmente disciplinano i diversi regimi di sostegno, che fanno discendere dalla falsità o non veridicità della dichiarazione la decadenza o l'obbligo di restituzione; un fondamento è stato rinvenuto dalla giurisprudenza anche nell'art. 23, comma 3, D.lgs. 28/2011 che, nel dettare i principi generali a cui devono ispirarsi i regimi di sostegno, sembra far discendere in modo automatico la decadenza dalle tariffe incentivanti dalla presentazione di dati o documenti falsi o non veritieri, senza dare rilievo all'elemento psicologico, stabilendo che i soggetti che, in relazione alla richiesta di qualifica degli impianti o di erogazione degli incentivi, abbiano fornito dati o documenti non veritieri, ovvero reso dichiarazioni false o mendaci "non hanno titolo a percepire gli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, da qualsiasi fonte normativa previste"⁶⁰⁹. Lo scopo della misura, quindi, non sarebbe afflittivo, ma meramente ripristinatorio della legalità violata e dell'equilibrio nei rapporti tra amministrazione e operatore⁶¹⁰.

L'indagine circa l'elemento soggettivo, a questo punto, non sembra essere rilevante, perché in questi casi rileverebbe la mera discrepanza tra la rappresentazione fatta dall'operatore e quanto constatato in fase di verifica del possesso dei requisiti, in modo del

⁶⁰⁹ La disposizione prevede anche che tale "condizione ostativa" "ha durata di dieci anni dalla data dell'accertamento" e "si applica alla persona fisica o giuridica che ha presentato la richiesta, nonché ai seguenti soggetti: a) il legale rappresentante che ha sottoscritto la richiesta; b) il soggetto responsabile dell'impianto; c) il direttore tecnico; d) i soci, se si tratta di società in nome collettivo; e) i soci accomandatari, se si tratta di società in accomandita semplice; f) gli amministratori con potere di rappresentanza, se si tratta di altro tipo di società o consorzio". Il comma 3 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, unitamente all'art. 43 che conteneva disposizioni analoghe per una specifica forma di incentivo, con sentenza Corte Cost., 10 marzo 2017, n. 51, per eccesso di delega rispetto ai principi ed alle indicazioni contenute nella legge n. 96 del 2010, la quale, all'art. 2, ha dettato "principi e criteri direttivi generali" anche con riguardo all'individuazione, in sede attuativa, delle disposizioni contemplanti sanzioni, penali o amministrative, per la violazione degli obblighi prescritti dalla normativa Europea oggetto di recepimento nell'ordinamento interno. Questi criteri direttivi sono indicati alla lettera c) del richiamato art. 2, ove si dispone che, al di là dei casi previsti dalle norme penali in vigore, nei decreti legislativi attuativi possono essere stabilite discipline contenenti trattamenti sanzionatori amministrativi e penali "per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi". E, con riguardo specifico alle sanzioni amministrative, si stabilisce che esse possono consistere "nel pagamento di una somma non inferiore a 150 Euro e non superiore a 150.000 Euro" e "tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce". Il carattere sanzionatorio, quindi, non è stato negato per queste previsioni, la cui portata afflittivo-interdittiva, tuttavia, è stata giudicata eccessiva rispetto ai criteri della delega. Sul punto, P. CHIRULLI, *Il giudice amministrativo censura l'"uso" disinvolto da parte del GSE del potere sanzionatorio previsto dall'art. 43 D. Lgs. 28 del 2011 per gli impianti fotovoltaici*, in *federalismi.it*, 2013, 7, anche prima della pronuncia della Corte Costituzionale evidenziava l'illegittimo uso del potere discrezionale da parte del legislatore e la violazione del principio di ragionevolezza "interno", a causa della previsione di una sanzione automatica fortemente afflittiva, equiparando tra di loro situazioni e violazioni anche molto diverse.

⁶¹⁰ Così T.A.R. Lazio, 15 ottobre 2015, n. 11706.

tutto simile a quanto avviene, in generale, per le dichiarazioni sostitutive, la cui falsità determina ai sensi dell'art. 75 d.P.R. 445/2000 la decadenza dai benefici ottenuti, senza che appaia aver rilievo l'elemento psicologico. In effetti, quantomeno la fattispecie di violazione rilevante integrata dalla "presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi" non sembra dissimile da quella a cui è dedicato l'art. 75 del testo unico sulla documentazione amministrativa. In questo senso, la giurisprudenza maggioritaria ha sostenuto la sufficienza della presenza di una dichiarazione non veritiera ovvero una rappresentazione difforme dalla realtà riscontrata in sede di istanza di concessione dei benefici per giustificare il ritiro degli incentivi⁶¹¹. Quindi, poiché il concetto di "non veridicità" esprime la obiettiva non rispondenza della situazione dichiarata a quella esistente in concreto, senza che a tali fini venga in rilievo l'elemento psicologico del dichiarante, l'unico aspetto che deve essere valutato dall'amministrazione è il profilo oggettivo.

Il mancato rilievo circa l'elemento soggettivo, inoltre, conduce la giurisprudenza ad escludere qualsiasi configurabilità, in questo settore, per il falso innocuo: il fatto che la dichiarazione non veritiera si sia in concreto rivelata innocua non potrebbe giustificare la mancata applicazione della misura decadenziale, in considerazione del rigore a cui è ispirata la normativa di riferimento, giustificato dalla materia specifica che ne costituisce oggetto, cioè la corresponsione di risorse pubbliche anche di notevole entità. In questo senso, quindi, il quadro normativo e regolamentare di riferimento "non contempla tra i presupposti per l'integrazione della fattispecie il conseguimento di un beneficio, ma pone al contrario particolare enfasi sull'"attestazione del ricorrere delle condizioni costituenti criteri di priorità" e sulle "differenze e difformità" in ordine alle informazioni fornite dall'operatore ai fini dell'ammissione ai benefici; la complessa disciplina, infatti, "può assolvere ai suoi scopi e funzionare correttamente (attraverso la destinazione delle risorse agli effettivi aventi titolo) soltanto se i dati forniti siano conformi alla situazione reale, indipendentemente dalle condizioni soggettive dei dichiaranti (non essendo cioè in alcun modo influente il complesso delle giustificazioni da costoro eventualmente addotte), essendo il meccanismo incentrato sul principio di auto responsabilità"⁶¹². L'eventuale

⁶¹¹ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 21 giugno 2016, n. 7223; Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5795.

⁶¹² In questi termini T.A.R. Lazio Roma, Sez. Terza *Ter*, 03 febbraio 2016, n. 1492, secondo cui "il tenore della previsione è, peraltro, tale da non richiedere alcuna indagine sul dolo, essendo sufficiente la non veridicità dei dati forniti. La difformità richiesta per la configurazione della fattispecie decadenziale, non rilevando ai fini in questione aspetti soggettivi quali, a es., l'errore qualificatorio (che può semmai essere la causa della dichiarazione oggettivamente non conforme), né la circostanza che la dichiarazione "non veridica" si sia rivelata in concreto "innocua". Ancora

errore nel rendere la dichiarazione, soprattutto se errore qualificatorio, si atteggia al più quale causa originante la dichiarazione oggettivamente non conforme, ma non interviene a modificare la rilevanza della difformità tra il contenuto dell'autocertificazione e la realtà oggetto di accertamento, ai fini della decisione circa la decadenza.

Le uniche misure veramente sanzionatorie – a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 23, comma 3, e dell'analogo art. 43, comma 1⁶¹³, D.lgs. 28/2011 - sarebbero quelle richiamate dall'art. 42, comma 3, che fa tuttavia riferimento ai poteri esercitabili dall'Autorità di regolazione del settore elettrico, a cui, come già evidenziato, devono essere trasmessi dal GSE gli esiti degli accertamenti per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481⁶¹⁴.

L'esclusione del carattere sanzionatorio può ricavarsi anche guardando a come il legislatore disciplina altre ipotesi di violazioni riscontrate nel soggetto beneficiario di un ausilio pubblico. La disciplina dettata dal D.lgs. 123/98, per esempio, prevede la revoca del beneficio concesso, come il D.lgs. 28/2011, ma a questo aggiunge la possibilità di comminare sanzioni pecuniarie paramtrate all'importo dell'intervento indebitamente fruito. Si tratta, in questo caso, vere e proprie misure afflittive, il cui scopo non è il mero

di recente il giudice amministrativo ha ribadito che “la mancata attribuzione delle tariffe incentivanti [...] non è certo una sanzione punitiva, tanto meno è sanzione di natura penale per la quale debba sussistere l'elemento soggettivo. Ed in ogni caso l'accertamento dell'elemento psicologico non è richiesto dalle norme che regolano il procedimento ed anzi è incompatibile con quelle” (così T.A.R. Lazio, sez. Terza Ter, 7 agosto 2018, n. 8838).

⁶¹³ L'art. 43, recante “Disposizioni specifiche per l'attuazione dell'articolo 2-sexies del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 marzo 2010, n. 41”, è stato introdotto per disciplinare in modo specifico alcune violazioni rilevanti poste in essere dai percettori degli incentivi del Secondo Conto Energia ai sensi della proroga prevista dalla legge n. 13 agosto 2010, n. 129, (c.d. “Salva Alcoa”). Il comma 1 prevedeva, in particolare, l'esclusione da qualsiasi forma incentivante per dieci anni per la persona fisica o giuridica che avesse presentato istanza, unitamente ad una serie di soggetti che in quest'ultima ricoprivano specifiche cariche.

⁶¹⁴ L'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481 (*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*), attribuisce all'Autorità di regolazione – anche del settore energetico - poteri sanzionatori, stabilendo che, per lo svolgimento delle proprie funzioni, la stessa “irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio, alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 2.500 e non superiori nel massimo a lire 300 miliardi; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, di sospendere l'attività di impresa fino a 6 mesi ovvero proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione”. In attuazione di quanto disposto dalla presente lettera è stata adottata la Del. 2 ottobre 2008, n. ARG/com 144/08. In merito all'applicazione alle sanzioni irrogate dall'AEEG (ora ARERA) della legge n. 689/81 si è espressa la giurisprudenza amministrativa, confermandola. In questo senso Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6901.

ripristino della legalità violata con la restituzione di quanto indebitamente percepito⁶¹⁵.

La ferma interpretazione pretoria del quadro normativo e regolamentare disciplinante la materia, che impone ai privati oneri puntuali di cooperazione secondo criteri di correttezza, è per lo più giustificata sulla base del peculiare settore nel quale l'apporto partecipativo dell'interessato si inserisce nel corso del procedimento amministrativo: i finanziamenti pubblici, infatti, sono caratterizzati sempre da un "obiettivo essenziale" perseguito dalla normativa di settore, essendo ogni operazione preordinata "al soddisfacimento di un interesse generale che trascende, cioè, pur implicandolo, l'interesse dei destinatari"⁶¹⁶. In questi particolari procedimenti, accanto all'interesse del privato si pone quello dell'amministrazione che riconosce ed eroga il beneficio, a sua volta portatrice degli obiettivi fissati a livello politico-istituzionale. Ecco perché si impone un'applicazione delle disposizioni che attribuiscono risorse pubbliche quanto più in conformità con le finalità avute di mira dal legislatore⁶¹⁷. Ed ecco perché in questo ambito la giurisprudenza nega che, pur nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza, possa imporsi all'amministrazione alcun dover di soccorso istruttorio, principio la cui portata deve essere oggetto di delimitazioni e precisazioni in fattispecie come queste, nelle quali la disciplina impone all'interessato oneri specifici e secondo tempistiche predeterminate, oltretutto all'interno di procedure dalla natura comparativa⁶¹⁸. Ed ancora che, allo stesso tempo, possa configurarsi in capo all'operatore economico alcun affidamento legittimo circa il consolidarsi del proprio diritto alla ricezione delle somme incentivanti, in mancanza di uno dei presupposti per il godimento di un beneficio di legge, soprattutto quando lo stesso interessato con la propria dichiarazione abbia dato causa al provvedimento negativo⁶¹⁹. Il

⁶¹⁵ Cfr. art. 9, commi 1 e 2, D. Lgs. 123/98 (Revoca dei benefici e sanzioni): "In caso di assenza di uno o più requisiti, ovvero di documentazione incompleta o irregolare, per fatti comunque imputabili al richiedente e non sanabili, il soggetto competente provvede alla revoca degli interventi e, in caso di revoca dal bonus fiscale, ne dà immediata comunicazione al Ministero delle finanze. 2. In caso di revoca degli interventi, disposta ai sensi del comma 1, si applica anche una sanzione amministrativa pecuniaria consistente nel pagamento di una somma in misura da due a quattro volte l'importo dell'intervento indebitamente fruito."

⁶¹⁶ Coerentemente con la definizione che la scienza giuridica ha dato degli incentivi come quelle previsioni di un beneficio in genere economico – ma non solo – volto a spingere il privato verso lo svolgimento di una specifica attività economica, riconnettendo a questa l'attribuzione del beneficio. Così M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit.

⁶¹⁷ Si veda, *ex multis*, la già citata Cons. Stato, n. 50/2017.

⁶¹⁸ Cfr. Cons. Stato, n. 50/2017; T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 19 maggio 2017, n. 6014.

⁶¹⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 26 maggio 2015, n. 1878; *Id.*, n. 6014/2017; 21 novembre 2016, n. 11623, secondo cui "non può configurarsi un affidamento meritevole di giuridica tutela allorché [...] il beneficio sia stato concesso anche in ragione di una dichiarazione dell'interessato [...] non coerente con la realtà dei fatti". Sui limiti e l'effettiva portata che può essere attribuita al legittimo affidamento in questo settore, si vedano M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., secondo il quale il principio di affidamento si presenta con una forza peculiare nel caso delle

medesimo atteggiamento formalistico, pertanto, vale anche ad escludere in radice, secondo l'interpretazione pretoria, qualsiasi rilevanza al c.d. "falso innocuo", perché la dichiarazione difforme dal dato reale deve essere oggetto di valutazione *ex ante* e non *secundum eventum*⁶²⁰.

3.3 Verso il temperamento del rigore applicativo e la graduazione delle conseguenze

Se queste sono state le considerazioni all'origine dell'introduzione del sistema organico dei controlli, non può, tuttavia, non rilevarsi come il legislatore sembri essere tornato, almeno parzialmente, sulle sue valutazioni. Nel corso del 2017, infatti, l'art. 42 è stato oggetto di alcuni interventi che ne hanno in un certo senso "addolcito" la lamentata portata "sanzionatoria", imponendo la graduazione della misura irrogata proprio là dove in precedenza prevedeva l'automatica decadenza. Ed infatti, il nuovo periodo del comma 3, dopo aver disposto che nel caso in cui riscontri violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione

leggi di incentivazione, "a causa della struttura essenzialmente contrattuale del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato", che impone uno stretto scrutinio di costituzionalità delle relative disposizioni modificatrici della precedente legge; M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento*, cit., che ritiene che in relazione al fenomeno dell'incentivazione economica, la necessità di tutelare l'affidamento del cittadino acquisisca una particolare pregnanza nel caso in cui si susseguano diverse discipline di incentivazione e, pertanto, non sarebbero legittimi interventi volti ad incidere sulla durata di un certo regime, introducendone uno diverso meno remunerativo. Sui profili relativi alla tutela dell'affidamento nel campo degli incentivi si veda anche B. CARAVITA DI TORITTO, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico finanziaria*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia* 2013, 99 ss. Tuttavia, in relazione al più ampio intervento del legislatore operato dall'art. 26, commi 2 e 3, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, volto a rimodulare in maniera definitiva le tariffe incentivanti per gli impianti fotovoltaici superiori ad una certa potenza, la Corte Costituzionale ha stabilito che non possa ritenersi violato l'affidamento dei produttori nell'ipotesi di intervento normativo che incida sulla spettanza economica in modo non irragionevole, arbitrario e imprevedibile, quando questo "risponde ad un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica". La Corte Costituzionale ha, infatti, chiarito che, se è pur vero che, nel complessivo quadro normativo che disciplina il settore, l'introduzione del regime di sostegno delle energie rinnovabili si presenta assistito da caratteristiche di stabilità a lungo termine per rispondere all'esigenza di creare certezza per gli investitori, tuttavia, "la garanzia di costanza dell'incentivo per tutto il periodo di diritto non implica però, come necessaria conseguenza, che la correlativa misura debba rimanere, per venti anni, immutata e del tutto impermeabile alle variazioni proprie dei rapporti di durata". In questo senso, è escluso l'affidamento legittimo quanto l'"operatore economico prudente e accorto" avrebbe potuto tenere conto della possibile evoluzione normativa, anche tenendo presenti le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno. Così Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 16.

⁶²⁰ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. Terza *Ter*, 23 ottobre 2015, n. 12129; *Id.*, 6014/2017; Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2016, n. 3014.

degli incentivi, il GSE dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza benefici, nonché il recupero delle somme già erogate, prevede che “[i]n deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione”, imponendo un'ulteriore riduzione in caso di denuncia spontanea dell'irregolarità parte del soggetto responsabile dell'impianto⁶²¹.

Non si nasconde che la lettera della norma sembra rendere il comma nel complesso piuttosto contraddittorio: se per le iniziative già oggetto di provvedimenti di ammissione agli incentivi si impone una rimodulazione della somma spettante, non pare ci sia più spazio per le ipotesi nelle quali, una volta iniziati a percepire gli incentivi, l'eventuale difformità rilevata, possa comportare *sic et simpliciter* la decadenza, intesa come “atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti *ab origine* l'ammissione al finanziamento pubblico”⁶²². Probabilmente, i dubbi circa l'effettiva portata della nuova previsione verranno sciolti solo con l'adozione di un nuovo decreto attuativo che si affianchi al D.M. 31 gennaio 2014, che auspicabilmente specificherà per quali delle violazioni rilevanti elencate dall'Allegato 1 possa effettivamente operarsi la graduazione e per quali, invece, la conseguenza

⁶²¹ L'art. 42, comma 3, D. Lgs. 28/2011 è stato modificato dall'art. 1, comma 960, lett. a), L. 27 dicembre 2017, n. 205, a decorrere dal 1° gennaio 2018: “All'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 3 sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte di un terzo»; b) al comma 5, dopo la lettera c) è inserita la seguente: «c-bis) le violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3». La nuova previsione sembra rispondere alla giurisprudenza minoritaria, che ha in alcune occasioni ritenuto necessario un controllo puntuale sulla concreta rilevanza della difformità rispetto all'ottenimento del beneficio. Secondo il Consiglio di Stato, “qualora le violazioni rilevate dal Gestore per i Servizi Energetici non risultino rilevanti ai fini dell'ottenimento delle tariffe incentivanti, le stesse non possano essere oggetto di procedura repressiva. Erra, pertanto, l'Ente appellato, laddove ritiene che nella normativa sopra descritta possa rinvenirsi una sorta di “automatismo” tra la presentazione di dati o documenti falsi ovvero non veritieri, da parte del soggetto istante, e la decadenza dello stesso dalle tariffe incentivanti.” Per questo motivo, l'amministrazione “qualora riscontri, in sede di verifica ai sensi dell'art. 42 D. Lgs. n. 28 del 2011, inesattezze dei dati forniti dai soggetti partecipanti alle procedure per riconoscimento di incentivi per la produzione di energia, dovrebbe procedere ad una apposita valutazione - nel caso di specie, non svolta - sulla rilevanza di tali violazioni e non procedere direttamente e automaticamente al rigetto della relativa istanza (ovvero, alla decadenza del soggetto dagli incentivi e al recupero delle somme eventualmente già erogate).” Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2016, n. 2006.

⁶²² Cfr. la già citata pronuncia Cons. Stato, n. 50/2017.

dell'accertamento sia l'automatica esclusione. In ogni caso, si rileva come la nuova previsione risponda all'esigenza sentita da tempo di una riforma della disciplina dei controlli che avesse come obiettivo, da un lato, la preservazione dell'esistenza e della continuità nell'esercizio degli impianti di produzione⁶²³ e la salvaguardia delle posizioni giuridiche degli operatori che avevano fatto affidamento sulla legittimità dei provvedimenti di ammissione agli incentivi e, dall'altro, il rispetto del principio di proporzionalità, in modo tale da evitare che mere irregolarità, astrattamente riconducibili ad una delle violazioni rilevanti elencate dal decreto attuativo, potessero condurre alla conseguenza più grave della decadenza dai benefici economici.

Ancora, di recente il legislatore ha introdotto alcune previsioni specifiche che consentono di superare il formalismo nell'accertamento della difformità, imponendo, invece, un accertamento sostanziale circa il possesso di uno specifico requisito tecnico dell'impianto, relativo alla provenienza ed alla certificazione di una sua componente⁶²⁴. Si

⁶²³ Anche al fine di onorare gli impegni sia di derivazione europea, contenuti nel Pacchetto clima-energia 20-20-20, e internazionale (COP21) volti alla più ampia diffusione delle energie rinnovabili.

⁶²⁴ Una delle fonti di contenzioso relativo agli incentivi erogati dal Gestore dei Servizi Energetici è legata al risultato delle attività di controllo afferenti agli impianti fotovoltaici presso i quali sono rinvenuti moduli installati con potenziali problematiche di contraffazione, cioè non rispondenti ai requisiti tecnici o di provenienza prescritti dai vari decreti ministeriali e dichiarati dall'operatore economico. Normalmente il GSE, nel concludere i procedimenti con l'accertamento dell'impiego di moduli fotovoltaici contraffatti o comunque non conformi alla normativa di riferimento, disponeva la decadenza e l'obbligo restitutorio, per l'avvenuta presentazione, ai fini del riconoscimento degli incentivi, di certificati non rispondenti a quelli originariamente emessi dagli organismi di certificazione e per dichiarazioni non veritiere. L'attuale formulazione dell'art. 42 D. Lgs. 28/2011, tuttavia, contiene due previsioni volte a contemperare il riscontro di simili irregolarità con l'affidamento incolpevole dell'operatore economico nei confronti del produttore di pannelli fotovoltaici e delle caratteristiche da questo dichiarate al momento dell'acquisto dei moduli. Nello specifico, il comma *3quater* dispone: "Al fine di salvaguardare le iniziative di realizzazione di impianti fotovoltaici di piccola taglia, salvaguardando la buona fede di coloro che hanno realizzato l'investimento, agli impianti di potenza compresa tra 1 e 3 kW nei quali, a seguito di verifica, risultino installati moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento, si applica una decurtazione del 30 per cento della tariffa incentivante sin dalla data di decorrenza della convenzione, fermo restando, ove ne ricorra il caso, l'annullamento della maggiorazione di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), del decreto del Ministro dello sviluppo economico 5 maggio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 109 del 12 maggio 2011, e all'articolo 5, comma 2, lettera a), del decreto del Ministro dello sviluppo economico 5 luglio 2012, pubblicato nel Supplemento ordinario n. 143 alla Gazzetta Ufficiale n. 159 del 10 luglio 2012, fermo restando il diritto di rivalsa del beneficiario nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli installati." Cfr. ancora i successivi commi *4bis-quinquies*: "*4-bis*. Al fine di salvaguardare la produzione di energia elettrica derivante da impianti fotovoltaici, agli impianti di potenza superiore a 3 kW nei quali, a seguito di verifiche o controlli, risultano installati moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento e per i quali il soggetto beneficiario della tariffa incentivante abbia intrapreso le azioni consentite dalla legge nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli, si applica, su istanza del medesimo soggetto beneficiario, una decurtazione del 20 per cento della tariffa incentivante base per l'energia prodotta dalla data di decorrenza della convenzione con il GSE. Non si applicano comunque le maggiorazioni di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), del decreto del Ministro dello sviluppo

tratta di disposizioni non certamente suscettibili di applicazione analogica, perché riferite ad una fattispecie di violazione puntualmente individuata e solo in relazione agli impianti fotovoltaici, ma che mostrano comunque una tendenza, quantomeno iniziale, al superamento del formalismo, privilegiando proprio le finalità pubblicistiche di incentivazione della produzione da fonte rinnovabile che in passato sono sempre state invocate per giustificare l'approccio contrario.

In effetti, il legislatore pare essersi reso conto della situazione di irregolarità diffusa, di maggiore o minore entità, che interessa numerose iniziative oggetto di incentivazione, considerando che la stessa potrebbe essere stata causata dal complessivo stato di incertezza normativa, regolamentare e regolatoria che ha caratterizzato il settore negli ultimi anni e che ha costretto gli operatori a destreggiarsi, ad esempio, tra una vera e propria schizofrenia normativa autorizzatoria regionale⁶²⁵, in molti casi difforme dalla disciplina di principio nazionale, a cui si è aggiunto, in alcuni settori, un rapido susseguirsi delle discipline incentivanti anche a pochi mesi di distanza. Ha, quindi, iniziato, seppure in specifiche ipotesi, a dare rilievo anche alla buona fede dell'operatore privato nel rendere la dichiarazione preordinata all'ammissione ai benefici.

In attesa di ulteriori specificazioni regolamentari sulla effettiva portata delle innovazioni, solo la concreta applicazione e l'eventuale contenzioso giurisdizionale da questa scaturente potranno dare evidenza dell'effettivo superamento, ed in che termini, del formalismo finora impiegato nell'interpretazione delle norme che regolano la materia.

economico 5 maggio 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 109 del 12 maggio 2011, e all'articolo 5, comma 2, lettera a), del decreto del Ministro dello sviluppo economico 5 luglio 2012, pubblicato nel supplemento ordinario n. 143 alla Gazzetta Ufficiale n. 159 del 10 luglio 2012. 4-ter. La misura della decurtazione di cui al comma 4bis è dimezzata qualora la mancanza di certificazione o la mancata rispondenza della certificazione alla normativa di riferimento sia dichiarata dal soggetto beneficiario, al di fuori di un procedimento di verifica o controllo. 4-quater. Ai fini dell'applicazione dei commi 4bis e 4ter, il GSE accerta, sulla base di idonea documentazione prodotta dagli istanti secondo modalità proporzionate indicate dallo stesso GSE, la sostanziale ed effettiva rispondenza dei moduli installati ai requisiti tecnici e la loro perfetta funzionalità e sicurezza. 4quinquies. È fatto salvo il diritto di rivalsa del beneficiario nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli. Restano ferme eventuali altre responsabilità civili e penali del soggetto beneficiario e le conseguenze di eventuali altre violazioni ai fini del diritto all'accesso e al mantenimento degli incentivi.”

⁶²⁵ In questo senso deve leggersi il comma 4sexies aggiunto all'art. 42 ugualmente dall'art. 57quater, comma 1, D.L. 24 aprile 2017, n. 50 che contiene una previsione di “sanatoria” per gli impianti eolici che, avendo partecipato ad una procedura di ammissione del 2012, erano risultati in posizione utile in uno dei registri pubblicati dal GSE, ma avevano visto negarsi l'incentivo “a causa della errata indicazione della data del titolo autorizzativo in sede di registrazione dell'impianto”, purché questa non abbia inciso sulla posizione raggiunta nella graduatoria. La previsione è indicativa della confusione che la disciplina dei titoli autorizzativi all'epoca in vigore, a cominciare dalla d.i.a. generava negli operatori economici, incerti, nel panorama interpretativo sempre in evoluzione, su quale fosse la data effettiva di conseguimento del titolo.

4. Riflessioni conclusive: la semplificazione documentale nella tutela dell'interesse pubblico alla produzione di energia da fonte rinnovabile

Come evidenziato, nei diversi procedimenti che conducono all'attribuzione delle risorse pubbliche come forma di incentivo per la produzione di energie rinnovabili, l'amministrazione svolge per lo più un'istruttoria volta a verificare la completezza e la regolarità estrinseca delle dichiarazioni, sul cui contenuto si basa la determinazione finale del procedimento in ordine alla concessione o meno del contributo richiesto. Nel corso della scansione procedimentale la dichiarazione del produttore che aspira all'incentivo riveste, quindi, una funzione centrale.

Il privato presenta istanza di partecipazione alle procedure comparative finalizzate al riconoscimento del diritto al beneficio attraverso l'invio di una dichiarazione sostitutiva redatta ai sensi del d.P.R. 445/2000 e trasmette nuovamente una dichiarazione di questo tipo per la successiva richiesta di ammissione agli incentivi, riportando gli elementi soggettivi ed oggettivi che dimostrano il possesso dei requisiti come prescritti dal quadro normativo e regolamentare. All'autocertificazione dell'operatore economico si aggiunge un'altra dichiarazione sostitutiva, redatta da parte del tecnico o progettista abilitato, il quale assume la responsabilità in ordine alle caratteristiche tecniche dell'intervento. La completezza delle dichiarazioni è tutelata attraverso espresse previsioni che impediscono l'integrazione documentale dopo uno specifico momento della procedura.

Il massiccio ricorso all'autoresponsabilità del dichiarante è da ricondurre certamente ad esigenze di semplificazione e snellimento degli oneri documentali incombenti sugli operatori, se si considera la mole di documentazione necessaria, *in primis*, per dare avvio all'iniziativa edilizia dell'impianto (la cui competenza resta delle amministrazioni normalmente titolari del potere autorizzatorio) e, a seguire, per assicurarne la conformità alle condizioni necessarie per ottenere l'incentivo, spesso ulteriori e diverse rispetto ai requisiti necessari per il mero titolo edilizio.

Ci si chiede se, tuttavia, l'esigenza di snellimento non fosse sentita dal legislatore anche – se non maggiormente – in favore dello stesso soggetto pubblico deputato alla gestione del sistema incentivante, considerato l'elevato numero di procedimenti amministrativi avviati nel corso degli ultimi anni, nei quali si è assistito ad un incremento esponenziale delle iniziative volte alla realizzazione di impianti a fonte rinnovabile; per limitarci alla sole fonte solare, ad esempio, tra il 2005 e il 2013 – date di inizio e fine dei

meccanismi incentivanti dei “conti energia” – sono stati 550.074 gli impianti fotovoltaici per i quali è stata presentata domanda di ammissione ai benefici, dando avvio, quindi, ad altrettanti procedimenti amministrativi⁶²⁶. Sempre in relazione a questa specifica fonte, se il primo “conto energia” prevedeva una fase preliminare di ammissione alle tariffe, nel quale l’attività svolta dal soggetto pubblico consisteva nell’esame della documentazione inviata dai soggetti responsabili degli impianti, a partire dal secondo “conto energia” il legislatore ha deciso di eliminare la fase istruttoria preliminare all’ammissione, sostituita dall’obbligo di far pervenire al GSE la richiesta di riconoscimento della tariffa incentivante entro sessanta giorni dalla data di entrata in esercizio dell’impianto fotovoltaico; si è, quindi, accentuata l’elisione della normale istruttoria procedimentale in favore di un maggior rilievo accordato alle dichiarazioni degli operatori sugli elementi rilevanti, con lo scopo di semplificare le regole di accesso alle tariffe incentivanti.

In questo contesto, non stupisce il contrappeso che il legislatore ha imposto al così forte impiego di dichiarazioni autocertificanti. Il settore, infatti, è caratterizzato da un sistema di controlli articolato e sottoposto ad una disciplina organica, che regola le modalità pratiche, i caratteri procedurali e gli esiti delle verifiche circa l’effettivo possesso dei requisiti. A differenza che negli altri ambiti, il momento della verifica è considerato così decisivo per il corretto funzionamento del sistema che il legislatore non si limita a prevedere un generico dovere/potere di controllo – a campione e nel caso di dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni – ma impone una programmazione annuale e pluriennale, fissando altresì delle quote percentuali che variano in funzione della tipologia di verifica (documentale o tramite sopralluogo)⁶²⁷. In questo modo, non sorge il dubbio circa la configurabilità di questa fase come dovere ovvero come mera facoltà da espletarsi a campione o in caso di elementi sintomatici di irregolarità rispetto alle dichiarazioni rese dagli operatori⁶²⁸.

⁶²⁶ Solo nel 2012 gli operatori del settore hanno presentato oltre 145.000 richieste di incentivazione per l’entrata in esercizio di nuovi impianti fotovoltaici. Cfr. il “Rapporto della attività 2012”, disponibile sul sito internet del GSE all’indirizzo https://www.gse.it/documenti_site/Documenti%20GSE/Rapporti%20delle%20attivit%C3%A0/GSE_Rapporto%20Attivita.pdf. e il “Rapporto delle attività 2013”, all’indirizzo https://www.gse.it/documenti_site/Documenti%20GSE/Rapporti%20delle%20attivit%C3%A0/GSE%20-%20Rapporto%20Attivit%C3%A0%202013.pdf.

⁶²⁷ Si rinvia al già citato art. 6, commi 1, 2 e 3, D.M. 31 gennaio 2014, rubricato “Programmazione dell’attività di controllo”. Cfr. nota 540.

⁶²⁸ Si rimanda alle considerazioni svolte nella parte relativa ai controlli sul possesso dei requisiti per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica ed a quella relativa al controllo-riscontro in caso di s.c.i.a. edilizia, sulla cui obbligatorietà pure si era dubitato. Cfr. Cfr. S. TUCCILLO, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell’amministrazione e le ragioni dei privati*,

Se si guarda alla necessità di evitare esborsi di denaro pubblico ingiustificati e, quindi, alla salvaguardia di esigenze di tutela della finanza pubblica, il meccanismo dei controlli mostra di essere efficace, considerata l'elevata percentuale di violazioni riscontrate e di conseguenti misure decadenziali irrogate, volte quindi ad incentivare solo iniziative effettivamente meritevoli⁶²⁹. È bene sottolineare che le violazioni possono essere di vario tipo ed integrare fattispecie anche molto diverse tra di loro, non riducendosi alla mera falsità tra quanto dichiarato ed il riscontro rilevato in sede di verifica. Il medesimo dato, tuttavia, sembra mostrare come l'effetto deterrente della stessa previsione del potere di controllo, pure in questo settore fortemente specificato nei suoi caratteri e nelle sue conseguenze – che, lo si riconosce, si aggiunge all'effetto deterrente che già le previsioni del d.P.R. 445/2000 dovrebbero produrre per la generale categoria delle dichiarazioni sostitutive false - non abbia condotto al risultato atteso. Probabilmente l'efficienza complessiva del sistema sarebbe stata maggiormente salvaguardata da procedimenti istruttori meno semplificati e meno basati sull'autoresponsabilità del dichiarante, che avrebbero certamente condotto ad un numero inferiore di violazioni riscontrate *ex post*, quantomeno per la scoperta di dichiarazioni non veritiere, ed evitato una concentrazione così forte di risorse pubbliche nella fase del controllo e del conseguente recupero delle somme già corrisposte, attività che non necessariamente conduce ai risultati attesi. A ciò di aggiunga il rilievo, già espresso in precedenza, che in molte occasioni la dichiarazione resa può risultare non veritiera perché il dichiarante può non avere reale cognizione della portata e della consistenza, fattuale, tecnica o giuridica, del dato rappresentato.

In sintesi, la rigidità, in un primo momento evitata, viene recuperata con l'adozione dell'unica misura che l'ordinamento prevede, cioè la decadenza dai benefici e l'obbligo di restituire le somme indebitamente percepite. La misura adottata è priva di alcun connotato sanzionatorio e non lascia spazio per l'esercizio di alcuna discrezionalità né in merito all'*an* né in relazione al *quantum* della stessa, dovendo il Gestore comminare *sic et simpliciter* la decadenza con efficacia *ex tunc*, una volta accertata la discrepanza sia in relazione ai presupposti autorizzativi sia in relazione alla configurazione impiantistica necessaria per l'accesso alle misure di sostegno. Il principio di autoresponsabilità nel rendere le

cit., 141 ss. e Così E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, cit.

⁶²⁹Secondo il “Rapporto delle attività 2017”, disponibile sul sito internet del GSE all'indirizzo https://www.gse.it/documenti_site/Documenti%20GSE/Rapporti%20delle%20attivit%C3%A0/GSE_RA2017.pdf, il numero di verifiche è andato progressivamente aumentando tra il 2011 e il 2017. Nel corso dell'ultimo anno, in particolare, sono stati conclusi 5.104 procedimenti di verifica, dei quali il 54,7% è terminato con esito negativo o parzialmente negativo, sulla base dell'accertamento nel 2017 di 4.212 violazioni.

dichiarazioni, quindi, impedisce un'analisi puntuale circa l'effettiva portata del dato non veritiero, ma determina che la dichiarazione sia totalmente inaffidabile una volta emersa la non rispondenza ai requisiti per come rappresentati⁶³⁰.

In una prospettiva *de iure condendo*, tuttavia, il rigore è stato recentemente oggetto di un apparente ripensamento da parte del legislatore, che ha mostrato di voler superare in alcuni casi il formalismo, consentendo all'operatore, in alcune fattispecie specifiche particolarmente problematiche, di dimostrare la sostanziale ed effettiva rispondenza della propria iniziativa, in astratto difforme, ai requisiti prescritti. Allo stesso tempo, ha introdotto previsioni che in futuro imporranno una mera rimodulazione dell'importo riconosciuto, ispirate alla finalità di salvaguardia delle iniziative produttive per le quali sia stata riscontrata una violazione, non sacrificando del tutto la potenzialità delle stesse nella contribuzione al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

A ben vedere, l'interesse pubblico primario avuto di mira pare essere lo stesso che il legislatore si era prefisso in precedenza, cioè la tutela e la valorizzazione della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile, ma gli approcci seguiti sembrano essere, se non diametralmente opposti, notevolmente diversi, anche perché a questo interesse si affiancano evidenti esigenze di tutela della finanza pubblica.

La formulazione attuale dell'art. 42, comma 3, sembra comunque una soluzione di compromesso con qualche eccesso; infatti, laddove prescrive la decurtazione dell'incentivo tra un limite minimo e massimo per impianti già ammessi agli incentivi per i quali sia stata

⁶³⁰ Cfr. Cons. di Stato, sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5869, che ancora una volta ribadisce che “la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico [...] una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, [...] anche perché, diversamente opinando, l'amministrazione sarebbe tenuta, pur a fronte di dati non veritieri perché non rispondenti ai requisiti, a procedere a un'autonoma verifica, caso per caso, dei requisiti sostanziali per l'ammissione al beneficio (n.d.r. come avvenuto nel caso di specie). Il che, ancora una volta, vanifica la logica stessa dell'autoresponsabilità”. In senso contrario, si segnala Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2016, n. 2006, che ritiene necessario, invece, un controllo puntuale sulla concreta rilevanza della difformità rispetto all'ottenimento del beneficio. Secondo il Collegio, “qualora le violazioni rilevate dal Gestore per i Servizi Energetici non risultino rilevanti ai fini dell'ottenimento delle tariffe incentivanti, le stesse non possano essere oggetto di procedura repressiva. Erra, pertanto, l'Ente appellato, laddove ritiene che nella normativa sopra descritta possa rinvenirsi una sorta di "automatismo" tra la presentazione di dati o documenti falsi ovvero non veritieri, da parte del soggetto istante, e la decadenza dello stesso dalle tariffe incentivanti.” Per questo motivo, l'amministrazione “qualora riscontri, in sede di verifica ai sensi dell'art. 42 D. Lgs. n. 28 del 2011, inesattezze dei dati forniti dai soggetti partecipanti alle procedure per riconoscimento di incentivi per la produzione di energia, dovrebbe procedere ad una apposita valutazione - nel caso di specie, non svolta - sulla rilevanza di tali violazioni e non procedere direttamente e automaticamente al rigetto della relativa istanza (ovvero, alla decadenza del soggetto dagli incentivi e al recupero delle somme eventualmente già erogate).”

accertata una “violazione rilevante” non sembra differenziare il caso della macroscopica falsità nelle dichiarazioni inizialmente rese, facendo così immaginare un futuro sistema nel quale, al massimo, il mendacio potrà condurre ad una decurtazione della somma; misura che, se pure in astratto di notevole impatto economico, non equivale alla definitiva decadenza dei benefici conseguiti che la generale disciplina del testo unico sulla documentazione amministrativa prevede.

CAPITOLO 5

I controlli sulle dichiarazioni dei privati nei procedimenti amministrativi del mercato

1. I controlli delle amministrazioni sulle attività dei privati e le verifiche sulle dichiarazioni sostitutive

Fino a questo momento, l'analisi si è soffermata sui tre settori delle attività economiche private prese in considerazione, evidenziando il ruolo delle dichiarazioni degli operatori nei procedimenti amministrativi che li caratterizzano e i controlli che su queste le amministrazioni di volta in volta coinvolte possono mettere in atto, secondo le discipline specificatamente dettate in ciascuno degli ambiti dell'ordinamento. Abbiamo, tuttavia, anticipato, che il legislatore ha espressamente previsto anche una disciplina generale delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese ai sensi del testo unico. Si tratta, in realtà, di disposizioni che vengono in rilievo integrando le prime e consentendo ai procedimenti amministrativi basati sulle autocertificazioni di funzionare correttamente. Come abbiamo visto, infatti, in tutti e tre settori le disposizioni rilevanti fanno espresso rinvio anche alle previsioni del testo unico, ora per qualificare le dichiarazioni rese quali dichiarazioni sostitutive ora per ribadire l'assunzione di responsabilità e le conseguenze in caso di falso.

Prima di procedere con l'esame del sistema delineato dal d.P.R. 445/2000 ed esprimere alcune considerazioni conclusive sul funzionamento del meccanismo autocertificatorio nel nostro ordinamento, è opportuno chiarire brevemente quale tipo di attività amministrativa viene posta in essere in tutte queste fattispecie quando l'amministrazione esercita il potere di controllo. Secondo una risalente definizione, nel controllo sarebbe riscontrabile un'"indagine sulla rispondenza di un determinato atto o comportamento a determinate norme"⁶³¹. In generale, l'attività di controllo amministrativo è indirizzata all'accertamento della conformità agli *standard* predefiniti e alle procedure previste, di attività tanto pubbliche quanto private. Tradizionalmente, peraltro, la scienza giuridica ha riservato maggiore attenzione ai controlli amministrativi, interni ed esterni, su soggetti e attività pubbliche, come giudizi sulla regolarità della funzione pubblica,

⁶³¹ Cfr. U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1915, 607. L'Autore si sofferma, come farà poi in seguito la quasi totalità della scienza giuridica, sul controllo amministrativo quale istituto giuridico caratterizzato dalla differenziazione tra organo controllante e organo controllato – che correla l'istituto a quello della sanzione –, dal carattere correttivo-sussidiario e dal risultato del giudizio svolto dall'organo controllante come manifestazione di volontà.

eventualmente seguiti dall'adozione di misure volte a ripristinare la legalità violata⁶³². Il riferimento, quindi, è per lo più a quell'attività di controllo “volta a sindacare – a seconda dei casi alla stregua del diritto (controllo di legittimità o di vigilanza) o delle regole di buona amministrazione (controllo di merito) – l'operato degli agenti cui sono demandati i compiti di amministrazione attiva”⁶³³. I controlli sui privati, invece, sono da sempre inseriti nell'ambito delle diverse funzioni o procedimenti nei quali la verifica si innesta⁶³⁴, nella consapevolezza che ogni intervento con effetti limitativi o conformativi sulla sfera dei privati può essere riportato ad una funzione di controllo pubblico, *lato sensu* intesa⁶³⁵.

Tuttavia, è stato correttamente rilevato come le trasformazioni che stanno informando i rapporti tra pubblici poteri e autonomia privata sembrano aver attribuito maggiore spazio di autonomia anche a questa peculiare manifestazione dell'attività delle amministrazioni⁶³⁶, ampliandone nozione e portata anche in riferimento ai consociati⁶³⁷. Il riferimento è, in primo luogo, all'attività di verifica e controllo imposta alle amministrazioni nazionali sul rispetto di

⁶³² In questi termini M.S. GIANNINI, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss., che nella sua analisi si è comunque soffermato anche sui controlli sui privati. In ogni caso, tutte le principali trattazioni della scienza giuridica si sono concentrate sui controlli sui soggetti pubblici, a partire dal contributo di U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit. e successivamente G. BERTI, L. TUMIATI, voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 298 ss. Per analisi più recenti si rinvia a S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, che si è soffermato, in particolare, sulle trasformazioni del sistema e della funzione dei controlli amministrativi dopo gli anni Novanta; U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1995; G. BERTI, N. MARZONA, voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, Agg., III, Milano, Giuffrè, 1999, 457 ss.; G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, in S. CASSESE (a cura di), II ed., vol. II, Milano, Giuffrè, 2003, 1343 ss.; G. D'AURIA, *Controlli amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 1427 ss.; M. DE BENEDETTO, *Controlli II) Controlli amministrativi*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2006; E. D'ALTERIO, *I controlli sull'utilizzo delle risorse pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2015.

⁶³³ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1984, 571.

⁶³⁴ Come rilevato da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 332, “per tradizione didattica tutti i controlli che i pubblici poteri esercitano su privati (persone fisiche, associazioni private, soprattutto imprese), aventi contenuto attinente all'osservanza di regole della morale, delle deontologie, dell'economia, di scienze e tecniche le più varie, formano oggetto di studio non come controlli in senso tecnico, ma in procedimenti autorizzatori, concessori, organizzativi, e simili”. D'altro canto, l'avvento dello Stato pluriclasse e democratico ha diminuito notevolmente le possibili giustificazioni giuridiche di un'autonoma funzione di “polizia amministrativa”, considerando che nel corso della seconda parte del Novecento numerose attività tradizionalmente di controllo pubblico sono state ricomprese in diverse funzioni pubbliche di benessere o di intervento nel campo economico. In questi termini A. MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, 191.

⁶³⁵ Così A.M. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 1070. La considerazione vale soprattutto per l'attività di impresa, se si guarda alla formulazione dell'art. 41 Cost., che fa riferimento ad una nozione aperta ed atipica di controllo.

⁶³⁶ Considerazioni di questo tenore si rinvergono in A. MOLITERNI, *op. ult. cit.*, 194.

⁶³⁷ La nozione tradizionale è stata ampliata, in primo luogo, dall'apertura teorica in favore della più ampia nozione inglese di *control* (peraltro non esclusivamente giuridica), alla quale sono state ricondotte pure la potestà di direzione e la partecipazione procedimentale. Così M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, cit., 1267.

standard e criteri tecnici che il processo eurounitario di armonizzazione tende ad introdurre in misura sempre più rilevante nelle discipline settoriali dell'ordinamento (come mercati finanziari, ambiente, sicurezza alimentare), soprattutto in quegli ambiti caratterizzati dalla presenza di un'autorità indipendente di regolazione⁶³⁸. È evidente che la crescita della legislazione che impone l'osservazione di regole tecniche e *standard* per attività e prodotti determina, altresì, un aumento dell'attività di verifica e controllo da parte delle amministrazioni⁶³⁹.

Ma il tema dei controlli sui privati si intreccia anche con i processi di liberalizzazione e riduzione, in generale, di restrizioni all'avvio di una specifica attività privata, che hanno imposto la sostituzione dei meccanismi di controllo preventivo con strumenti ampliati della sfera giuridica, i quali prevedono l'intervento pubblico solo come successivo rispetto all'avvio dell'attività economica⁶⁴⁰. Anche in questo senso, quindi, i controlli delle amministrazioni ben possono essere definiti come “procedimenti che danno sempre luogo ad un accertamento (verificazione di conformità o meno ad un determinato canone), ad un giudizio di conformità o non conformità; ad una misura consequenziale che può essere positiva o negativa”⁶⁴¹.

I controlli sono nuovamente venuti in rilievo di recente in virtù del ruolo che sono in grado di svolgere nella lotta alla corruzione e, allo stesso tempo, come possibile occasione di fenomeni corruttivi, proprio laddove posti in essere con lo scopo di verificare l'osservanza di discipline disparate da parte di cittadini e imprese⁶⁴². Sul piano teorico, le criticità che possono emergere nel momento del controllo sul corretto esercizio delle attività private si riconducono al modello del rapporto di agenzia tra il principale-amministrazione e l'agente-funzionario deputato al controllo⁶⁴³; tale rapporto è caratterizzato da un'ampia discrezionalità attribuita a quest'ultimo e dalla necessità di contatto diretto di questo con il privato sottoposto alla verifica, in vista del superamento dell'asimmetria informativa che ordinariamente limita la verifica: in

⁶³⁸ Così è sottolineato da M. DE BENEDETTO, *Controlli amministrativi*, cit., 2.

⁶³⁹ In questi termini cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 277.

⁶⁴⁰ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni espresse nelle precedenti parti di questo lavoro.

⁶⁴¹ Così O. SEPE, *Controlli. I. Profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1993, 2.

⁶⁴² M. DE BENEDETTO, *La prevenzione della corruzione attraverso controlli efficaci*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, 179. Considerazioni analoghe sono svolte da A. MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, cit., 195. In virtù di questa sua ricercata nuova funzione, il controllo amministrativo dovrebbe essere considerato quale “sistema” finalizzato a consentire l'*enforcement* regolatorio, ricomprendendo nel suo ambito d'indagine anche i controlli sulle attività dei privati. In questo senso M. DE BENEDETTO, *Controlli [dir. amm.]*, in Treccani, *Diritto on line*, 2017.

⁶⁴³ Sottolinea G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 46-50, come questo modello consenta di esaminare in modo più approfondito le possibili “patologie del comportamento burocratico”, che includono anche la corruzione.

quest'ottica, quindi, si impone un legame stretto tra i controlli sui privati e i controlli amministrativi tradizionalmente intesi, che dovrebbero intervenire a ridurre gli spazi di corrottele da parte del funzionario⁶⁴⁴.

In relazione ai controlli sui privati è stata prospettata una classificazione che li distingue in tre principali tipologie⁶⁴⁵. In primo luogo, vengono in rilievo i controlli che vengono effettuati dal soggetto pubblico in mancanza di una precedente relazione giuridica tra l'amministrazione e il privato, quali verifiche puntuali sul rispetto di obblighi comportamentali che discendono da normative di carattere generale, che disciplinano la convivenza sociale, economica o civile⁶⁴⁶. L'attività di valutazione è preceduta da un momento conoscitivo, preordinato all'acquisizione di notizie o all'accertamento di fatti, il quale, in alcune ipotesi, acquisisce rilevanza giuridica autonoma rispetto al controllo vero e proprio⁶⁴⁷. A questa tipologia di controlli possono ricondursi quelli che sono posti in essere nel settore dell'edilizia (ma non solo) a seguito della presentazione della s.c.i.a.: in questo caso, il soggetto pubblico interviene a verificare la conformità dell'attività posta in essere con la disciplina giuridica di riferimento, anche se in un momento che, come in precedenza abbiamo analizzato, è molto ravvicinato a quello dell'avvio dell'attività, potendosi spingere al massimo ai sessanta giorni, o, al ricorrere di specifiche condizioni, a diciotto mesi seguenti.

Costituiscono una diversa categoria di controlli quelli che si inseriscono all'interno di un rapporto di regolazione o vigilanza, nei quali il destinatario è un soggetto regolato, sottoposto al potere dell'autorità di settore, normalmente comprensivo anche di quello di espletare verifiche propedeutiche al miglior esercizio della funzione principale.

Infine, vengono in rilievo i controlli tesi a verificare che i privati rispettino la disciplina contenuta in un precedente atto – amministrativo o contrattuale – che abbia loro attribuito una specifica utilità pubblica.; l'amministrazione ha, quindi, già esercitato una funzione di

⁶⁴⁴ L'analisi di questo stretto legame è svolta da U. SAVONA, L. MEZZANOTTE, *La corruzione in Europa*, Roma, Carocci, 1998. In questo senso, si veda anche A. MOLITERNI, *op. ult. cit.*, 195.

⁶⁴⁵ La tripartizione è di A. MOLITERNI, *op. ult. cit.*, 204 ss.

⁶⁴⁶ Questo controllo è “in funzione primaria dell'osservanza delle prescrizioni stabilite nell'interesse di tutti i componenti delle collettività” ed è, quindi, riconducibile alle attività di “vigilanza di polizia”. In questi termini M.S. GIANNINI, *Controllo*, cit., 1269 ss. Molti controlli di questa tipologia, a livello centrale, sono svolti da amministrazioni tecniche, incaricate istituzionalmente ad attività di controllo, come nel caso dei controlli in materia fiscale e tributaria, la cui ampia discrezionalità e potenziale afflittività è sottoposta al necessario rispetto di una serie di garanzie contenute nello “Statuto del contribuente”. In merito, si rinvia a G. VANZ, *Controlli amministrativi (dir. trib.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 1439. Un altro esempio è rappresentato dai controlli in materia ambientale, settore nel quale si riscontrano numerose ipotesi di controlli puntuali sul rispetto di obblighi generali.

⁶⁴⁷ In merito si veda M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, 189, il quale evidenzia come il controllo ispettivo possa avere natura meramente strumentale, essendo parte di una più ampia e diversa potestà, ovvero autonoma, avendo il soggetto pubblico un potere ispettivo diverso e separato da quello eventuale successivo repressivo.

amministrazione attiva, individuando il parametro del controllo, che si giustifica proprio in virtù del beneficio già conferito. In queste fattispecie la verifica ha ad oggetto la permanenza dei requisiti su cui era stata basata la precedente attività amministrativa o la conformità del comportamento del privato beneficiario con la disciplina applicabile e con l'obiettivo pubblico avuto di mira. Questo tipo di controllo può condurre, in caso di esito negativo, all'applicazione di misure sanzionatorie o interdittive o, in generale, alla decadenza dall'utilità conseguita. A questa categoria possono ricondursi, ad esempio, le verifiche poste in essere sui soggetti che hanno ricevuto ausili finanziari, funzionali ad accertare tanto la permanenza – o la originaria presenza - di specifici requisiti soggettivi ovvero la rispondenza alle finalità pubblicistiche dell'attività destinataria dell'erogazione⁶⁴⁸. Alla stessa tipologia di controlli possono ricondursi anche le verifiche disposte nell'ambito dei rapporti concessori, basati su una convenzione o su un contratto che hanno, a monte, definito specifici obblighi in capo al privato titolare della concessione.

Posta tale breve ricostruzione, il fondamento generale dei controlli – di qualsiasi genere essi siano – si rinviene nella regola di comune esperienza per la quale l'azione umana, a causa di errori, scarse conoscenze, oppure scelte consapevoli in quanto libere, sovente devia dai fini ad essa imposta dal complesso di regole che ne disciplina lo svolgimento. Quando questi comportamenti rilevano su un piano giuridico, l'ordinamento predispone un sistema di norme atto a rilevare queste deviazioni ed a predisporre strumenti di reazione⁶⁴⁹. Vengono, quindi, apprestati dei mezzi che rimedino al livello subottimale di raggiungimento delle finalità avute di mira e di soddisfacimento degli interessi curati; tuttavia, come è stato giustamente evidenziato, anche il controllo non consente di eliminare la prospettiva di subottimalità, essendo lo stesso passibile di un determinato grado di errore, per scongiurare il quale occorrerebbe prevedere ulteriori gradi di verifica⁶⁵⁰. Il che, è evidente, porrebbe a quel punto problemi di scarsa efficienza, anche in relazione al problema dei costi che lo stesso svolgimento dei controlli sulle attività dei privati implica, con riferimento sia alle spese che la macchina amministrativa deve sostenere per lo svolgimento delle verifiche in termini di risorse dedicate a queste attività sia agli oneri amministrativi che i privati, sottoposti ai procedimenti di controllo, sono comunque tenuti a sopportare, perché, ad esempio, chiamati alla dimostrazione del possesso di uno specifico requisito in precedenza solo autocertificato

⁶⁴⁸ Così, ad esempio, è previsto nella disciplina dettata dalla legge 19 dicembre 1992, n. 488, *Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 22 ottobre 1992, n. 415, recante modifiche alla legge 1° marzo 1986, n. 64, in tema di disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno e norme per l'agevolazione delle attività produttive*.

⁶⁴⁹ In questi termini, si veda M. DE BENEDETTO, *Controlli II) Controlli amministrativi*, cit., 1.

⁶⁵⁰ Si rinvia nuovamente alle riflessioni di M. DE BENEDETTO, *op. ult. cit.*, 1.

attraverso produzioni documentali. È d'altro canto evidente come proprio il sistema dei controlli – se adeguatamente strutturato – sia indispensabile per garantire il corretto funzionamento dei procedimenti in autocertificazione e consenta di ridurre le esternalità negative che le dichiarazioni false rese dagli interessati possono provocare sui terzi non destinatari del provvedimento amministrativo, i quali tendenzialmente sono portati a ritenere che l'amministrazione, prima di adottare qualsivoglia determinazione, abbia accertato a fondo tutti gli elementi rilevanti.

Inoltre, un'ideale predisposizione delle verifiche sui contenuti delle dichiarazioni – e, a monte, la possibilità di procedervi – può ritenersi imposta dai più generali principi di legalità e di buon andamento, che non tollerano la possibilità che siano adottate decisioni amministrative basate su presupposti ed elementi di fatto neanche astrattamente verificabili, nemmeno a campione; una simile impossibilità si pone, a ben vedere, in contrasto anche con il principio di giustiziabilità ex art. 113 Cost. il quale, nel garantire la tutela giurisdizionale degli interessi protetti nei confronti dei pubblici poteri, impone che le potestà amministrative siano esercitate sulla base di parametri normativi precostituiti, in modo tale che detta conformità possa essere verificata in giudizio⁶⁵¹. Possibilità che, è agevole comprenderlo, verrebbe meno, o quantomeno sarebbe affievolita, qualora gli elementi posti a base delle dichiarazioni sulle quali la determinazione pubblica è stata assunta non fossero verificati né in ipotesi verificabili.

Il concreto atteggiarsi dei controlli è lo strumento attraverso cui tentare di bilanciare il costo “sociale” degli adempimenti burocratici con il risparmio che la semplificazione dovrebbe portare: l'accessorietà dell'attività di controllo rispetto all'attività procedimentale principale richiede un'attenta valutazione di quanto lo svolgimento più o meno approfondito della prima possa incidere sul funzionamento della seconda, ma, allo stesso tempo, impone di valutare anche quanto il mancato esperimento della verifica sia in grado di influire sui costi che in definitiva l'attività amministrativa comporta. Questo, in ogni caso, avendo sempre presente la *ratio* complessiva del sistema di decertificazione, che dovrebbe essere tale da escludere forme così aggravate di controllo da vanificare del tutto gli effetti di semplificazione avuti di mira⁶⁵².

⁶⁵¹ Cfr. art. 113, comma 1, Cost. “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.”

⁶⁵² Cfr. M. BOMBARDELLI, *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, cit., 160-164; G. FRANCHI SCARSELLI, *Il regime dei controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive nel testo unico sulla documentazione amministrativa*, in *Nuova rassegna*, 2004, 3, 293.

1.2 I principi dell'attività di controllo sulle autocertificazioni

Il d.P.R. 445/2000 dedica il capo V ai controlli sulle dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto notorio e si apre con la previsione per la quale le amministrazioni sono tenute ad effettuare “idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47”⁶⁵³.

Come rilevato all'indomani dell'adozione del testo unico, il d.P.R. non ha contribuito a fugare alcuni dubbi relativi al meccanismo delle autocertificazioni, a cominciare dalla configurazione della verifica circa la veridicità come obbligo o come mero potere⁶⁵⁴. Il tenore letterale sembra indicare due tipi di controlli. Il primo, oggetto di un dovere generico, che impone di espletare verifiche secondo un ampio margine di discrezionalità, purché idonee e svolte “anche a campione”; si tratta, quindi, del contenuto minimo del controllo, che l'amministrazione può liberamente modulare, arrivando anche a programmare controlli a tappeto⁶⁵⁵; in questa ultima ipotesi, peraltro, ci si potrebbe chiedere se non venga persa la finalità della semplificazione che gli strumenti di decertificazione mirano a realizzare.

La seconda tipologia, invece, è quella della verifica da esercitare in caso di fondati dubbi che il privato abbia dichiarato il falso. In questo caso, resta un'ampia discrezionalità in capo all'amministrazione, limitata al momento della valutazione circa la fondatezza dei dubbi; una volta, però, che l'eventuale mendacio sia emerso, sorge l'obbligo di procedere al controllo. Non può non rilevarsi come la lettera della legge, piuttosto generica ed imprecisa, non aiuti nell'individuazione delle ipotesi in cui possa ritenersi sussistere il fondato dubbio. In mancanza di chiare indicazioni nel dato positivo, l'analisi della giurisprudenza in merito sembra delineare quantomeno due casi: quello in cui più dichiarazioni, rese spesso nello stesso procedimento, siano confliggenti nel loro contenuto e quello in cui un terzo segnali all'amministrazione procedente possibili false dichiarazioni. Un ausilio applicativo può rinvenirsi nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica del 1999⁶⁵⁶, che, già prima del riordino complessivo operato dal testo unico, prescriveva di attivare i controlli a campione

⁶⁵³ Cfr. art. 71 d.P.R. 445/2000.

⁶⁵⁴ L. OLIVERI, *I controlli sulle dichiarazioni sostitutive ai sensi del Testo unico sulla documentazione amministrativa*, in Giust.it., 2001, 2.

⁶⁵⁵ Ci sono casi in cui, in effetti, l'amministrazione sceglie di procedere con verifiche generalizzate su tutte le dichiarazioni. Si veda, ad esempio, la circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 10/D dell'11 maggio 2012, relativa agli accertamenti sulle istanze di riconoscimento dello *status* europeo di operatore economico autorizzato, la quale prevede che l'Ufficio delle dogane svolga controlli a tappeto su tutte le dichiarazioni sostitutive ricevute.

⁶⁵⁶ Cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica e gli affari regionali del 22 ottobre 1999, n. 8/99, *Modalità di svolgimento delle procedure di controllo previste dall'art. 11 del D.P.R. 20 ottobre 1998, n. 403, Regolamento di attuazione degli articoli 1, 2 e 3 della L. 15 maggio 1997, n. 127, in materia di semplificazione delle certificazioni amministrative*.

sulle autocertificazioni immediatamente dopo la ricezione delle stesse e di privilegiare la tempestività alla estensione delle verifiche, rimettendo la percentuale dei casi di autocertificazione da verificare all'autonoma determinazione delle singole amministrazioni anche in relazione alla rilevanza degli effetti prodotti⁶⁵⁷.

In ogni caso, nel silenzio della legge, per l'individuazione del livello adeguato dei controlli, soccorrono i principi generali di proporzionalità e ragionevolezza⁶⁵⁸: quanto più è rilevante il bene della vita a cui il privato aspira, tanto più il soggetto pubblico dovrebbe dedicarsi in modo approfondito alla fase dei controlli. La proporzionalità, peraltro, sembra ispirare anche le disposizioni che altrove nell'ordinamento disciplinano i controlli, imponendo una maggiore attenzione laddove gli interessi pubblici sono più rilevanti⁶⁵⁹. Allo stesso tempo, la predisposizione delle verifiche non può non tenere conto dei principi di efficacia ed economicità; in questo senso, esigenze particolari di celerità e speditezza potrebbero giustificare la riduzione del numero delle verifiche⁶⁶⁰. Un'utile differenziazione potrebbe guardare anche alle possibili categorie di documenti, privilegiando le aree di attività nelle quali più alto si presenta il rischio di dichiarazioni mendaci e analizzando gli effetti che queste concretamente producono. È evidente che se le dichiarazioni conducono all'adozione di provvedimenti produttivi di vantaggi ad effetto non durevole, l'idoneità dei controlli si atteggia in modo diverso rispetto al caso delle determinazioni ampliative della sfera giuridica dei destinatari con benefici che si protraggono nel tempo⁶⁶¹.

Altro principio che viene in rilievo è quello di buona fede: in effetti, questo dovrebbe caratterizzare tanto il momento del rilascio della dichiarazione quanto il procedimento del controllo⁶⁶². Nel corso della verifica, la buona fede può intervenire a garanzia dei consociati,

⁶⁵⁷ La medesima circolare prevedeva di controllare prioritariamente le autocertificazioni finalizzate ad ottenere benefici in ambito sanitario, assistenziale, previdenziale, del diritto allo studio, dell'edilizia agevolata e di ogni altra forma di agevolazione e sovvenzione, nonché nell'ambito delle procedure di gara.

⁶⁵⁸ Al principio di ragionevolezza rinvia P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione*, cit., 305, secondo cui i controlli dovrebbero essere, per intensità, direttamente proporzionali al rilievo dell'interesse pubblico che il provvedimento adottato interessa. Come rimarca anche G. ARENA, *Certezze pubbliche*, cit. 62, al crescere del vantaggio che il privato può raggiungere per mezzo delle autocertificazioni cresce il rischio che queste da veicolo di certezza divengano veicolo di informazioni false.

⁶⁵⁹ Il riferimento è, ad esempio, allo Statuto delle imprese, che all'art. 8, comma 2 ter, dedicato a controlli in relazione agli strumenti di semplificazione, dispone che essi siano condotti in base al principio di proporzionalità.

⁶⁶⁰ Così P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 265.

⁶⁶¹ Considerazioni in questo senso si ritrovano in G. FRANCHI SCARSELLI, *Il regime dei controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive nel testo unico sulla documentazione amministrativa*, cit., 292, che nega l'utilità di distinzioni di forme ed intensità dei controlli basate su classificazioni circa la rilevanza dell'interesse o bene giuridico coinvolto.

⁶⁶² Sul punto L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, cit., 160 ss, ha messo in luce le diverse implicazioni del principio di buona fede nel controllo sulle dichiarazioni sostitutive.

soprattutto in considerazione della scarsa predeterminazione legislativa di questa fase procedimentale, a presidio delle modalità con cui deve essere condotta⁶⁶³, imponendo all'amministrazione di fissare in anticipo i criteri ai quali si atterrà per procedere al controllo⁶⁶⁴.

In merito all'obbligatorietà o meno dei controlli, il dato letterale non sembra brillare per chiarezza, quantomeno per quelli a campione. Se non si vuole svilire il senso dell'autocertificazione, tuttavia, è bene ritenere che anche questi siano oggetto di un dovere e non di una mera facoltà; lo scopo, infatti, è evitare l'abuso fraudolento della buona fede che l'amministrazione pubblica riconosce per legge alle dichiarazioni sostitutive. L'obbligo, quindi, sorge non solo nel caso in cui si manifestino fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni, ma si impone come dovere generale, in virtù del buon andamento dell'attività amministrativa, che, come già evidenziato, è da contemperare con i principi di proporzionalità e ragionevolezza. Sembra, pertanto, conforme al dato normativo sostenere che la verifica sia un dovere d'ufficio, da porre in essere secondo modalità flessibili, a pena della funzione deterrente della stessa previsione dei controlli e dell'affidabilità dello stesso istituto di semplificazione documentale.⁶⁶⁵

Un ulteriore indice dell'obbligatorietà dei controlli può desumersi dalle previsioni secondo cui la mancata effettuazione dei controlli, nel caso di irregolarità che possano far sorgere "fondati dubbi", è fonte di responsabilità per l'amministrazione e per il suo dipendente che abbia adottato la determinazione finale sulla base di dichiarazioni rivelatesi mendaci, quando questa adozione sia frutto di dolo o colpa grave. E certamente, colpa grave può configurarsi in capo al funzionario e all'amministrazione che non abbia attivato i controlli, non solo in caso di dubbi, ma anche come verifica a campione sulle dichiarazioni ricevute. Dall'altro lato, l'omissione delle verifiche impedisce all'amministrazione di discostarsi dalla

Questo, infatti, come regola di condotta, impone in primo luogo la predeterminazione dei criteri ai quali informare la verifica. Inoltre, interviene a tutela dei terzi, i quali fanno affidamento sulla legittimità della determinazione assunta dal soggetto pubblico sulla base di un'idonea istruttoria, imponendo, quindi, la verifica sulla veridicità di quanto assunto come dato reale. Infine, come si vedrà, la stessa buona fede si impone nei rapporti tra amministrazione precedente e certificante.

⁶⁶³ Sulla buona fede come regola di condotta e non di decisione cfr. S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008. Nello stesso senso F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività della pubblica amministrazione*, cit., 27.

⁶⁶⁴ Sul nesso tra la buona fede e la predeterminazione dell'azione amministrativa si veda A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., 67.

⁶⁶⁵ In questo senso anche M. GNES, *La decertificazione*, cit., 184. Le stesse indicazioni si ricava dalla circolare della Presidenza del Consiglio 8/99, che, nel rimettere all'autonoma determinazione delle amministrazioni la fissazione della percentuale di dichiarazioni da controllare, sottintendeva la necessità dell'effettiva predisposizione di un piano di controlli.

verità anche solo dichiarata dall'interessato, a cui è vincolata fino all'eventuale accertamento che conduca a risultati diversi⁶⁶⁶.

Il controllo, inoltre, si impone come doveroso anche considerando che molte volte non c'è alcun controinteressato individuabile che potrebbe sollecitare l'intervento del soggetto pubblico.

Naturalmente i controlli da parte delle amministrazioni procedenti possono svolgersi solo attraverso la collaborazione da parte delle amministrazioni certificanti, che detengono gli albi, gli elenchi e le banche dati in cui sono contenuti i dati autocertificati. Questo vale quantomeno per le dichiarazioni sostitutive di certificazione, in ordine alle quali l'art. 71 dispone che le verifiche siano svolte con le modalità di cui all'articolo 43, quindi attraverso accertamenti d'ufficio, consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante, preferibilmente mediante l'accesso a banche dati telematiche, ovvero richiedendo alla medesima conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi. A tal fine, l'art. 72 impone alle amministrazioni certificanti la predisposizione di un ufficio *ad hoc* e l'indicazione delle misure organizzative adottate per l'efficiente, efficace e tempestiva acquisizione d'ufficio dei dati e per l'effettuazione dei controlli medesimi, nonché le modalità per la loro esecuzione. Emerge ancora una volta, l'importanza che il legislatore, nel delineare il sistema della semplificazione documentale, ha attribuito ai controlli: la mancata risposta alle richieste di controllo entro trenta giorni costituisce violazione dei doveri d'ufficio e viene in ogni caso presa in considerazione ai fini della misurazione e della valutazione della *performance* individuale dei responsabili dell'omissione⁶⁶⁷. Anche nel rapporto tra amministrazione certificante e procedente viene in rilievo il principio di buona fede, che impone una forte collaborazione istituzionale tra le due

⁶⁶⁶ Si veda sul punto T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 28 ottobre 2005, n. 17852, secondo cui la mancata considerazione da parte dell'amministrazione di quanto dichiarato dal privato in una procedura concorsuale – relativamente alla propria condizione reddituale – è consentita solo se l'amministrazione si adopera per effettuare tutti i controlli sulla veridicità della dichiarazione, essendo questo un onere impostole dall'art. 71 d.P.R. 445/2000.

⁶⁶⁷ Cfr. art. 72 d.P.R. 445/2000: "1. Ai fini dell'accertamento d'ufficio di cui all'articolo 43, dei controlli di cui all'articolo 71 e della predisposizione delle convenzioni quadro di cui all'articolo 58 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, le amministrazioni certificanti individuano un ufficio responsabile per tutte le attività volte a gestire, garantire e verificare la trasmissione dei dati o l'accesso diretto agli stessi da parte delle amministrazioni procedenti. 2. Le amministrazioni certificanti, per il tramite dell'ufficio di cui al comma 1, individuano e rendono note, attraverso la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione, le misure organizzative adottate per l'efficiente, efficace e tempestiva acquisizione d'ufficio dei dati e per l'effettuazione dei controlli medesimi, nonché le modalità per la loro esecuzione. 3. La mancata risposta alle richieste di controllo entro trenta giorni costituisce violazione dei doveri d'ufficio e viene in ogni caso presa in considerazione ai fini della misurazione e della valutazione della *performance* individuale dei responsabili dell'omissione."

in vista del controllo sulla veridicità delle dichiarazioni, a pena di specifiche responsabilità in capo al soggetto pubblico che in prima battuta è deputato alla certificazione.

Se pure la previsione è un chiaro indice della volontà del legislatore di evidenziare l'importanza della fase della verifica, amplificando l'effetto di deterrenza ed evitando decisioni arbitrarie, in ossequio al principio di imparzialità⁶⁶⁸, ci si chiede come mai l'imposizione della previsione di misure organizzative sia limitata alle amministrazioni certificanti e non prescritta anche per quelle procedenti; queste sarebbero, a ben vedere, le effettive titolari del potere-dovere di controllo, perché destinatarie delle dichiarazioni sostitutive. Anche la previsione di responsabilità in ordine allo svolgimento dei controlli non sembra applicabile alle amministrazioni procedenti, circostanza che avrebbe meglio garantito la predisposizione di una strategia di verifiche a campione adeguatamente strutturata, come in precedenza evidenziato, in funzione della rilevanza dell'interesse pubblico coinvolto.

In merito alle dichiarazioni sostitutive di atto notorio, invece, nulla è prescritto espressamente; la ragione di questa mancanza può sicuramente ricondursi al fatto che il controllo può dover essere effettuato anche su fatti e circostanze complesse, che impediscono un accertamento solo attraverso la consultazione dei dati in possesso della stessa o di altre amministrazioni⁶⁶⁹. In queste ipotesi, la complessità e l'onerosità dell'accertamento potrebbero frustrare le esigenze di semplificazione, che tuttavia dovrebbero sempre essere bilanciate con i canoni di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione⁶⁷⁰.

Il monitoraggio sull'adeguato espletamento della funzione di controllo è attribuito all'Ispettorato per la funzione pubblica, istituito presso il Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio, il quale è tenuto ad effettuare ispezioni volte a

⁶⁶⁸ In questo senso L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, cit., 149 ss. e M. OCCHIENA, *L'autocertificazione*, cit., 873 ss.

⁶⁶⁹ Si evidenzia come, peraltro, secondo un'interpretazione della scienza giuridica, supportata da alcune pronunce, anche nel caso di controlli sulle dichiarazioni sostitutive di certificati l'amministrazione procedente potrebbe esercitare gli stessi poteri acquisitivi che avrebbe avuto qualora avesse proceduto all'acquisizione diretta dei dati, andando anche oltre il mero riscontro formale della coincidenza tra quanto dichiarato e il dato già oggetto di accertamento, potendo verificare anche l'effettiva aderenza attuale alla realtà. In questi termini L. DONATO, *op. ult. cit.*, 154-155, che evidenzia la necessità che comunque questo eventuale accertamento ulteriore sia conforme ai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Tra le pronunce, si veda Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2004, n. 1660.

⁶⁷⁰ Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, 4 gennaio 2007, n. 5, che ha rigettato la domanda di risarcimento del danno morale asseritamente lamentato a causa dell'aggravamento del procedimento causato dalle verifiche poste in essere dall'amministrazione, la quale in modo legittimo compie accertamenti necessari ad accertare in capo ai soggetti il possesso dei requisiti personali solo autocertificati per ragioni di semplificazione; "tale obbligo deriva dall'art. 43 d.P.R. n. 445 del 2000 e risponde, ad ogni modo, ad un canone di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione perfettamente coniugabile con la semplificazione amministrativa e niente affatto aggravante il procedimento siccome posto in essere successivamente alla conclusione dello stesso [...]".

verificare il corretto adempimento dei controlli e il rispetto degli obblighi e dei correlativi divieti in merito all'accettazione delle dichiarazioni sostitutive e alla richiesta di certificati⁶⁷¹.

A prescindere dal tipo di dichiarazione verificata, è in questo momento che l'amministrazione precedente assume un ruolo attivo: se le esigenze di semplificazione e di speditezza dei procedimenti amministrativi hanno condotto il legislatore ad escludere accertamenti preventivi su determinati elementi rilevanti ai fini dell'adozione della determinazione finale, con questa previsione il soggetto pubblico si riappropria, quantomeno in parte, degli spazi che gli sono propri, secondo il modello inquisitorio puro⁶⁷².

La fase del controllo, quindi, ricopre un duplice ruolo. In primo luogo, è il momento grazie al quale si può garantire la veridicità di quanto affermato dal privato ed evitare che l'azione amministrativa sia portata avanti sulla base di elementi non sussistenti nella realtà. Inoltre, lo stesso momento funge da vero e proprio deterrente⁶⁷³ nei confronti della generalità dei consociati, i quali, in vista delle possibili conseguenze negative scaturenti dall'esito negativo della verifica, dovrebbero, almeno in teoria, essere spinti a dichiarare il vero. In effetti, secondo alcuni interpreti l'introduzione del controllo – che risale al d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 403 - è da ricondursi all'aumento dei casi in cui è possibile presentare un'autocertificazione ed alla prospettata funzione anche deterrente che lo stesso ricopre, volta a scoraggiare il più possibile la presentazione di dati non veri⁶⁷⁴.

Il ruolo di deterrenza sembra confermato anche dalla disciplina dei controlli già esaminati nelle precedenti parti di questo lavoro, quantomeno nel settore degli appalti e degli

⁶⁷¹ Cfr. art. 60, comma 6, D. Lgs. 30/03/2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, modificato Comma modificato dall'art. 14-septies, comma 1, lett. a), b) e c), D.L. 30 giugno 2005, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 agosto 2005, n. 168, dall'art. 10bis, comma 1, D.L. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 dicembre 2005, n. 248, sostituito dall'art. 71, comma 1, D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e, successivamente, così modificato dall'art. 22, comma 5, lett. f), D. Lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

⁶⁷² D'altro canto, questo momento è stato introdotto in tempi relativamente recenti: la legge 15/1968 non conteneva disposizioni che regolavano la verifica sul contenuto delle dichiarazioni rese, probabilmente perché le stesse erano concepite solo come temporaneamente sostitutive ed il privato doveva comunque allegare i certificati in originale prima di poter ottenere il provvedimento favorevole definitivo.

⁶⁷³ L'effetto deterrente della verifica e dell'eventuale sanzione penale è sottolineato da G. ARENA, *Autocertificazione e amministrazione per interessi*, cit., 53, che evidenzia che si tratta di veri e propri impedimenti al rendere dichiarazioni false. L'unico vero impedimento è costituito, in negativo, dal mancato raggiungimento dell'effetto favorevole in vista del quale viene resa la dichiarazione, la cui veridicità non è per il dichiarante il vero fine, costituendo un mero mezzo per un risultato ulteriore. Quindi il privato è spinto ad osservare la norma dal proprio personale interesse; l'Autore parla, a proposito del fenomeno, di "amministrazione per interessi".

⁶⁷⁴ In questo senso ci veda G. ARENA, *Certezze pubbliche*, cit., 62, secondo cui la vera funzione del controllo non è tanto punire chi ha dichiarato il falso, quanto scoraggiare possibili comportamenti opportunistici per il futuro. Similmente si esprime M. BOMBARDELLI, *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in AA. VV., *La documentazione amministrativa*, Rimini, Santarcangelo di Romagna (RN), 2001, 161. In termini analoghi L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, cit., 143.

incentivi alla produzione di energia da fonte rinnovabile: in entrambi i casi, i controlli non sono previsti come necessari su ogni singola dichiarazione, non essendo imposta una verifica generalizzata a tappeto. Così, infatti, il codice dei contratti pubblici dispone che la stazione appaltante possa – e non debba - richiedere agli offerenti e ai candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, ma solo qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura⁶⁷⁵. La disciplina organica dei controlli sulle dichiarazioni rese dagli operatori del mercato delle energie rinnovabili, invece, prevede controlli obbligatori, ma su una platea predeterminata di operatori economici, in modo tale da assicurare un monitoraggio continuo, garantendo allo stesso tempo l'efficienza dell'attività di verifica, l'efficacia e la sostenibilità, anche dal punto di vista delle risorse impiegate, della stessa. Anche le singole discipline settoriali, quindi, delineano sistemi di controlli ispirati ai principi di proporzionalità e ragionevolezza e modulati in relazione all'interesse pubblico avuto di mira ed alle concrete possibilità di tutelarlo, in un momento che precede o segue la conclusione del procedimento accrescitivo della sfera giuridica del privato.

Nel momento del controllo, pertanto, si recupera la funzione conoscitiva propria della pubblica amministrazione, reintroducendo il modello inquisitorio che nei procedimenti ad istanza di parte in autocertificazione è affievolito. Addirittura, come è stato notato, questa fase – se non si esaurisce in una mera consultazione di banche dati detenute da altre amministrazioni – conduce ad un necessario accertamento dei dati dichiarati dal privato attraverso tutte le allegazioni utili da parte dell'interessato e le indagini ritenute rilevanti da parte del soggetto pubblico, in un momento lontano dagli interessi particolari del procedimento, tale da consentire l'emergere di verità più legate alla realtà che non alle istanze private⁶⁷⁶. Si avrebbe, quindi, una maggiore oggettività di analisi e di valutazione, proprio perché in questi procedimenti l'interesse pubblico concretamente perseguito è proprio e solo l'accertamento della verità⁶⁷⁷ e non verrebbero in rilievo gli interessi emergenti nel corso del procedimento iniziale, generalmente confliggenti e comunque in grado di incidere sulla piena e corretta comprensione della realtà amministrativa delle cose⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Cfr. art. 85, comma 5, D. Lgs. 50/2016.

⁶⁷⁶ Così L. DONATO, *op. ult. cit.*, 143 ss.

⁶⁷⁷ Riflessioni sul punto si rinvengono in A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, 257 ss., secondo cui la certezza della conoscenza non andrebbe cercata nell'oggettività della comprensione delle cose, ma nell'impiego di un metodo grazie al quale questa comprensione sia slegata dall'interesse o dagli interessi specifici che di volta in volta devono esser soddisfatti.

⁶⁷⁸ Così E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 258 ss.

1.3 La partecipazione dei privati alla fase di controllo

In merito alla portata e ai limiti delle garanzie partecipative che possono ipotizzarsi in capo al soggetto privato che abbia rilasciato un'autocertificazione, i profili che emergono dall'analisi della disciplina dettata dal testo unico sono essenzialmente due.

Come in precedenza evidenziato, secondo l'art. 71 i controlli riguardanti dichiarazioni sostitutive di certificazione sono effettuati dall'amministrazione procedente con le modalità di cui all'articolo 43⁶⁷⁹, quindi attraverso l'accertamento d'ufficio, consultando direttamente gli archivi dell'amministrazione certificante ovvero richiedendo alla medesima conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri da questa custoditi. Ai fini dell'accertamento, l'art. 43 consente all'amministrazione di chiedere al privato l'indicazione degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni e dei dati. Questa possibilità, invece, non è espressamente prevista per le dichiarazioni sostitutive di atto notorio, le cui modalità di controllo – come visto – non sono state tipizzate proprio in virtù dell'estensione degli accertamenti a cui possono condurre. Ci si chiede, quindi, se la possibilità di chiedere al privato l'indicazione degli elementi utili ai fini delle verifiche possa applicarsi analogicamente anche a questa tipologia di autocertificazione. Dal punto di vista squisitamente letterale, questa opzione sembrerebbe esclusa: l'art. 71 è chiaro nel rinviare all'art. 43 solo per le dichiarazioni sostitutive di certificati, non prevedendo quello che, nella pratica, potrebbe tradursi in un onere di allegazione ulteriore contrario alla *ratio* del disegno della decertificazione. D'altro canto, se in questa fase l'amministrazione si riappropria dei poteri inquisitori che caratterizzano l'istruttoria amministrativa⁶⁸⁰, nulla potrebbe escludere anche la facoltà di chiedere allegazioni al privato anche durante il controllo, considerato che la stessa è prevista dall'art. 43 sull'accertamento d'ufficio, senza distinzioni tra le dichiarazioni *ex art.* 46 e 47. In aggiunta, sarebbe contrario all'interesse del privato il quale si sia valso di una

⁶⁷⁹ Cfr. art. 43, comma 1, d.P.R. 445/200: "Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato".

⁶⁸⁰ Il metodo inquisitorio è considerato come un carattere proprio dell'attività conoscitiva della pubblica amministrazione, che ha un dovere specifico di conoscere la realtà sulla quale è chiamata ad operare e deve, quindi, accertarsi della piena corrispondenza tra la previsione normativa ed il fatto concreto, procedendo alle acquisizioni necessarie nel caso specifico. Così F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit. Come evidenzia E. CARLONI, *Le verità amministrative*, cit., 155, l'amministrazione non è uno "spettatore neutrale" del momento conoscitivo, limitandosi ad applicare le norme a quanto rappresentato dai partecipanti al procedimento, ma deve porre in essere tutta l'attività istruttoria ritenuta necessaria per l'acquisizione, la conoscenza e la corretta interpretazione dei dati

dichiarazione sostitutiva il non cooperare in modo attivo ai fini dell'esito positivo dell'accertamento. Anche se non positivizzato, l'onere di allegazione potrebbe essere ricondotto al principio di leale collaborazione ed al generale dovere di buona fede e sarebbe in ogni caso rispondente all'interesse dello stesso privato, esposto al rischio di una dichiarazione di decadenza dalla misura già ottenuta sulla base di quanto in precedenza dichiarato⁶⁸¹. La buona fede, quindi, quale precetto comportamentale, impone all'amministrazione la predeterminazione dei criteri di controllo e le impedisce di aggravare la posizione del privato con richieste non utili ai fini dell'accertamento che sta conducendo, ma dovrebbe al contempo spingere il privato a cooperare attivamente per la compiuta verifica dei dati dichiarati.

Ci si chiede, inoltre, se alla fase di verifica si applichino tutte le garanzie procedurali dettate dalla legge n. 241/90 e se, prima ancora, questa fase determini l'avvio di un vero e proprio procedimento amministrativo a rilevanza esterna.

Su questo secondo aspetto, l'interpretazione maggioritaria esclude che il controllo sia dotato di una propria autonomia procedimentale, considerandolo come una fase meramente interna che andrà ad inserirsi nel procedimento principale nel quale l'autocertificazione è stata utilizzata⁶⁸². Questa conclusione si giustifica con la considerazione che i procedimenti nei quali si impiegano autocertificazioni per lo più vengono avviati ad istanza della parte interessata, che, auspicando un ampliamento della propria sfera giuridica, presenta la dichiarazione, consapevole del suo impiego all'interno di un procedimento e della possibilità che venga sottoposta a controllo proprio in virtù delle previsioni del testo unico. D'altro canto, anche l'effetto deterrente verrebbe affievolito se il privato fosse sempre informato dell'avvio del controllo, soprattutto nel caso in cui occorrono accertamenti ulteriori rispetto alla mera consultazione di una banca dati.

Tuttavia, se, come visto, ai sensi dell'art. 43 l'amministrazione è legittimata a richiedere all'interessato elementi utili ai fini dell'accertamento d'ufficio di quanto dichiarato, ben potrà (e dovrà) avvalersi dell'apporto partecipativo di colui che ha conoscenza diretta di quanto deve essere verificato, che sarà, quindi, chiamato a partecipare in funzione collaborativa per colmare l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra

⁶⁸¹ In proposito, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 628, ha osservato che il rifiuto di partecipazione potrebbe essere impiegato come "argomento di prova" liberamente apprezzabile ai sensi degli artt. 10 e 118, comma 2, c.p.c., incombendo sull'interessato più che un onere della prova un onere di partecipazione all'istruttoria ogni qual volta sussistano dubbi o incertezze sugli elementi fondamentali su cui deve basarsi la decisione, posto che il privato è quello che si trova nella posizione migliore per conoscere e dimostrare dati relativi alla sua persona o attività.

⁶⁸² Per questo motivo, non sarebbe necessario comunicare l'avvio del procedimento di controllo. Si veda T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 3 febbraio 2012, n. 247.

amministrazione e privato, in vista della maggiore efficienza dell'azione amministrativa⁶⁸³. Certamente, nel caso in cui all'esito del controllo sia accertata la non veridicità della dichiarazione, occorrerà comunicare l'avvio del diverso procedimento volto alla decadenza dal beneficio ai sensi dell'art. 75 del d.P.R. 445/2000, nel corso del quale consentire al privato di godere delle piene garanzie di partecipazione a tutela della propria posizione giuridica⁶⁸⁴.

Su questo aspetto, si evidenzia il differente approccio seguito dal legislatore nel delineare i controlli organici ai sensi dell'art. 42 D. Lgs. 28/2011: l'inizio dell'attività di controllo da parte del GSE impone l'avvio di un procedimento amministrativo, di cui l'operatore economico deve essere messo a conoscenza e nel quale deve essere posto in grado di esercitare i suoi diritti di partecipazione. L'esito, qualsiasi esso sia, deve essere formalizzato in un provvedimento di chiusura, da emanarsi entro un termine predeterminato. Questo perché la verifica, non obbligatoria su tutte le iniziative produttive realizzate e ammesse agli incentivi – a differenza di ciò che avviene nel caso della s.c.i.a. nel termine di trenta giorni o nel momento che precede l'aggiudicazione dell'appalto – ma imposta sulla base di una specifica programmazione pluriennale, potrebbe essere avviata a distanza di molti anni e, soprattutto, richiedere un apporto conoscitivo da parte del privato anche molto rilevante. Nel diverso caso del controllo sulla s.c.i.a. o sui requisiti posseduti dal soggetto aggiudicatario di una gara di appalto, invece, l'amministrazione è già chiamata dal legislatore a procedere ai necessari accertamenti, il cui esito va ad incidere o su un'attività iniziata da poco o su un rapporto non ancora sorto.

⁶⁸³ Viene, quindi, in rilievo la partecipazione collaborativa in funzione efficientistica. Sulle diverse nature e funzioni della partecipazione al procedimento si veda, *ex multis*, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, t.2, 1137 ss.; M. OCCHIENA, *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4129 ss.; M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 286 ss. Sulla partecipazione come collaborazione alla migliore acquisizione degli elementi e interessi da prendere in considerazione durante l'istruttoria si rinvia a R. VILLALTA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171 ss.; G. DELLA CANANEA, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, 87.

⁶⁸⁴ In questo momento, la partecipazione viene in rilievo in funzione di tutela anticipata della posizione giuridica del soggetto che sarà destinatario del provvedimento, in vista dell'instaurazione del contraddittorio tra privato ed amministrazione, a garanzia del primo. Si tratta di una delle interpretazioni che, soprattutto inizialmente, la scienza giuridica ha attribuito all'istituto. Sulla partecipazione in funzione di garanzia si vedano, *ex multis*, R. PROIETTI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, 488 ss.; S. BATTINI, G. MATTARELLA, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, 107 e 121 ss.; F. PUGLIESE, *Il contraddittorio nel procedimento*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990; E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, Maggioli, 1983.

1.4 Il tempo del controllo ed il principio di certezza del diritto

Uno degli elementi del controllo su cui il testo unico sulla documentazione amministrativa mostra la sua maggiore peculiarità è quello relativo all'aspetto temporale. Il d.P.R. 445/2000, infatti, tace in merito al momento nel quale o entro il quale le amministrazioni debbano procedere alle verifiche. La carenza è ancora più evidente nei casi in cui oggetto della dichiarazione sostitutiva sia non un dato contenuto in una certificazione, ma un elemento diverso ed ulteriore, non sottoposto ad alcun tipo di accertamento preventivo formalizzato in un registro pubblico, che viene introdotto nel procedimento e che, per ciò stesso, l'amministrazione ha l'obbligo di considerare come vero. Questo, naturalmente, fino a che non decida di procedere all'accertamento.

Per tentare di trovare una soluzione, parte della scienza giuridica ha sostenuto che il termine debba essere reso noto dalle amministrazioni procedenti nel momento in cui definiscono le procedure di controllo⁶⁸⁵. La soluzione potrebbe essere condivisibile, se non fosse che, come si è avuto modo di evidenziare, la previsione circa l'obbligo di approntare idonee misure organizzative riguarda le amministrazioni certificanti e non quelle procedenti. Solo per le prime, in effetti, è previsto in modo espresso un termine entro cui rispondere alla richiesta di controllo proveniente dalle seconde, decorso inutilmente il quale si ritiene integrata una violazione dei doveri d'ufficio e l'omissione o il ritardo vengono presi in considerazione ai fini della misurazione della *performance* individuale dei responsabili⁶⁸⁶. Sono le amministrazioni procedenti, a ben vedere, le uniche che possono attivare la fase del controllo, perché sono queste stesse ad aver ricevuto ed accettato dichiarazioni sostitutive per rilasciare il provvedimento richiesto.

Utili indicazioni possono rinvenirsi nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica del 1999, che prescriveva già prima del testo unico di effettuare i controlli a campione sulle autocertificazioni "immediatamente dopo la ricezione delle autocertificazioni", nel presumibile intento di favorire la certezza e la stabilità delle decisioni amministrative. Una simile indicazione, tuttavia, sembra non essere coerente con l'impianto generale del testo unico e con la *ratio* della decertificazione: procedere ad un controllo immediato, da un lato, potrebbe mettere a rischio le esigenze di semplificazione e snellimento procedimentale, dall'altro non sembra conforme alla previsione circa la misura applicabile in caso di accertamento di falso ai

⁶⁸⁵ Così M. BOMBARDELLI, *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, cit., 161-169.

⁶⁸⁶ Cfr. art. 72, comma 3, d.P.R. 445/2000 riguarda i funzionari dell'amministrazione certificante e non di quella procedente.

sensi dell'art. 75 del testo unico che, prevedendo la decadenza dal beneficio conseguito, ben sottintende la chiusura del procedimento principale anche prima ed a prescindere dal completamento dell'accertamento sulla veridicità della dichiarazione.

Se l'intero meccanismo delle autocertificazioni funziona proprio perché a valle è possibile che quanto dichiarato sia controllato, lasciare alla singola amministrazione o, ancora peggio, al singolo funzionario, la scelta circa non solo l'*an*, nei limiti in precedenza illustrati, ma anche il *quando* della verifica espone tutto il sistema al rischio di mancato funzionamento. Le autocertificazioni, insomma, da strumento di semplificazione rischiano di divenire semplice alibi per le inefficienze dell'amministrazione.

Anche su questo aspetto soccorrono i principi di ragionevolezza e proporzionalità: il termine dovrebbe essere stabilito in modo ragionevole, in considerazione anche del tipo di controllo da espletare, del tipo di procedimento nel quale l'autocertificazione è stata impiegata e delle possibili azioni riparatorie in caso di falso.

Sul punto, le discipline settoriali analizzate mostrano la loro parziale diversità, in ragione della specifica finalità del meccanismo autocertificatorio in relazione all'interesse pubblico primario avuto di mira. Nell'ambito delle procedure comparative volte all'aggiudicazione di un appalto, infatti, la deregolamentazione dei controlli sul possesso dei requisiti dichiarati dagli operatori economici che il nuovo codice ha prodotto, comporta che, similmente al sistema del d.P.R. 445/2000, le verifiche non siano proceduralizzate all'interno della procedura di gara, lasciando alla stazione appaltante un grande margine di discrezionalità. Questa, infatti, ha la facoltà di procedere al controllo della veridicità del DUGE presentato da uno o più partecipanti "in qualsiasi momento nel corso della procedura", domandando la presentazione di tutti i documenti complementari o parte di essi, ma solo "qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura". L'unico momento certo nel quale il controllo verrà effettuato è quello che precede l'aggiudicazione, nel quale la stazione appaltante sarà tenuta a domandare all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto di presentare documenti complementari aggiornati⁶⁸⁷.

Le verifiche sulle dichiarazioni rese nei procedimenti volti all'attribuzione di incentivi alle energie rinnovabili, invece, possono svolgersi per espressa previsione di legge in qualsiasi momento della convenzione incentivante e sono giustificate proprio dalla pendenza del rapporto di incentivazione intercorrente tra il produttore e il Gestore dei Servizi Energetici. Si pone, peraltro, un problema di eventuale decorrenza del termine prescrizione del diritto alla

⁶⁸⁷ Tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 54, comma 3 o comma 4, lettera a). Cfr. art. 85, comma 5, D. Lgs. 50/2016.

ripetizione delle somme indebitamente percepite, se si considera la durata ultradecennale della maggior parte dei meccanismi incentivanti.

I controlli sulla veridicità delle autocertificazioni rese nei diversi regimi amministrativi impiegabili nel settore edilizio, infine, sono subordinati al particolare modello impiegato. La s.c.i.a. è caratterizzata da una sua specifica disciplina, che impone la verifica, limitandola nel tempo e condizionandone l'espletamento a particolari condizioni dopo il trascorrere dei trenta giorni. È evidente che in questi casi il controllo entro i primi trenta giorni è propedeutico all'accertamento dell'effettivo operare della legittimazione *ex lege* per mezzo della piena rispondenza al parametro giuridico di riferimento. La c.i.l.a., invece, essendo il regime proprio delle attività libere, è soggetta al generale dovere di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia attribuito all'amministrazione comunale, con lo scopo di assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi.

Mentre nel primo dei tre ambiti ipotizzare controlli anche successivi alla individuazione del contraente e, ancor di più, all'esecuzione del contratto sarebbe all'atto pratico poco utile, negli altri due un accertamento del falso anche a distanza di un notevole lasso di tempo potrebbe in teoria essere produttivo di effetti, posto che gli eventuali benefici economici già corrisposti ben potrebbero essere oggetto di richiesta restitutoria e la costruzione illegittimamente realizzata destinataria di ordine demolitorio indipendentemente dal tempo trascorso. In questi casi, tuttavia, vengono in rilievo le diverse esigenze di tutela della certezza e della stabilità delle posizioni giuridiche degli operatori coinvolti, che nell'ambito edilizio ha portato il legislatore negli interventi più recenti a considerare più attentamente proprio il profilo temporale.

2. Gli esiti dei controlli sulle dichiarazioni sostitutive

Secondo la disciplina dettata dal testo unico, l'esito del controllo sulle dichiarazioni sostitutive può condurre a tre risultati, oltre a quello non problematico della effettiva rispondenza di quanto rappresentato alla realtà accertata. La dichiarazione può essere affetta da irregolarità, da gravi irregolarità e, infine, essere accertata come falsa.

In particolare, ai sensi dell'art. 71, comma 3, qualora le dichiarazioni presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione ne dà notizia all'interessato, che è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza, il procedimento non ha seguito. La disciplina, quindi, sembra essere ispirata ai principi generali che sono stati

enucleati anche in materia di regolarizzazione delle dichiarazioni nelle procedure comparative: il punto fermo è la necessità di non alterare la *par condicio* tra i concorrenti, consentendo integrazioni su elementi essenziali o l'introduzione nel procedimento di dichiarazioni in precedenza omesse. La regolarizzazione, quindi, è sempre possibile, in ossequio al dovere di leale collaborazione ed al principio di buon andamento costituzionalmente fissato.

In effetti, come già evidenziato nella parte del presente lavoro relativa ai contratti pubblici, la previsione è in linea con la disposizione generale sull'estensione dei poteri del responsabile del procedimento nello svolgimento dell'istruttoria amministrativa, come delineati dall'art. 6 legge n. 241/90; la disposizione, infatti, attribuisce al responsabile del procedimento tutti i compiti inerenti l'istruttoria, tra cui “[...] il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni rese o istanze erronee o incomplete [...]”, considerate attività rientranti tra le misure idonee all'adeguato e sollecito svolgimento di questa fase⁶⁸⁸. Coerentemente con l'impianto generale, anche la disciplina in materia di documentazione amministrativa ribadisce l'importanza del rispetto del principio di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa, tanto più in questo ambito la cui *ratio* si individua nella semplificazione delle procedure e nella diminuzione degli oneri gravanti sui privati, evitando formalismi inutili ed eccessivi⁶⁸⁹.

D'altro canto, proprio nell'attività documentale la regolarizzazione riveste una peculiare rilevanza: specifici elementi formali sono necessari per la corretta configurazione del meccanismo di autocertificazione, rendendo la dichiarazione attendibile e controllabile e comportando l'assunzione di responsabilità in capo al dichiarante, al quale, come già visto, si riconduce sia la funzione di certazione che di certificazione⁶⁹⁰. Il funzionario è, quindi, chiamato a rimuovere eventuali impedimenti al raggiungimento del risultato avuto mira, che possano rendere inefficace la presentazione della dichiarazione, avendo cura di seguire un canone di ragionevolezza e proporzionalità⁶⁹¹. Lo stesso, tuttavia, non può compensare carenze

⁶⁸⁸ La *ratio* dell'istituto si riconduce ai principi del buon andamento, leale collaborazione tra amministrazione e privato, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa ed all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma, con il limite della carenza dei c.d. elementi essenziali della domanda. Sull'art. 6 e sui poteri e doveri di soccorso istruttorio si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza. In dottrina, si rinvia a P LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, cit., 262 ss. e M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 525 ss.

⁶⁸⁹ Ai sensi dell'art. 71, comma 3, d.P.R. 445/2000 “Qualora le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 presentino delle irregolarità o delle omissioni rilevabili d'ufficio, non costituenti falsità, il funzionario competente a ricevere la documentazione dà notizia all'interessato di tale irregolarità. Questi è tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione; in mancanza il procedimento non ha seguito.”

⁶⁹⁰ Cfr. M. GNES, *La decertificazione*, cit., 192.

⁶⁹¹ Sull'applicazione del principio di ragionevolezza e di proporzionalità per i casi di regolarizzazione documentale, si rinvia, *ex multis*, alla recente pronuncia T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 03 agosto

documentali, in quanto l'onere della prova della sussistenza degli elementi rilevanti in vista dell'adozione della determinazione finale incombe sempre sul privato. Si è già avuto modo di sottolineare che, tuttavia, la giurisprudenza è ancora chiara nell'affermare che il dovere di accertamento d'ufficio si attiva solo a seguito di una specifica allegazione dei dati ed elementi rilevanti da parte dell'interessato. In questo senso, l'onere di produzione della documentazione viene mutato in onere di affermazione, facendo sorgere in capo all'ufficio pubblico il dovere di acquisizione, ma sulla base di dichiarazioni complete⁶⁹².

Abbiamo già evidenziato i dubbi che in passato l'interpretazione pretoria aveva sollevato in ordine all'obbligatorietà o meno del soccorso, per lo più oggi risolti nel primo senso. In questo ambito, ancora di più, la regolarizzazione della documentazione si impone come momento necessario, come condizione di procedibilità dell'istanza del privato, posto che lo stesso è espressamente tenuto alla regolarizzazione o al completamento della dichiarazione, in mancanza dei quali non si può dare seguito al procedimento. Questo significa anche che il momento della verifica da parte del funzionario della regolarità o meno della dichiarazione si pone come logicamente antecedente alla chiusura del procedimento principale, durante il quale, prima di procedere all'adozione della determinazione finale, lo stesso dovrà controllare la completezza dell'istruttoria e, quindi, anche degli elementi dei quali sia composta, anche se "sostituiti" da documenti volti a produrre certezza giuridica⁶⁹³.

2018, n. 1193 che ha ribadito il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui "[...] l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza. Sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che il criterio di ragionevolezza impone di far prevalere la sostanza sulla forma qualora si sia in presenza di vizi meramente formali o procedurali, in relazione a posizioni che abbiano assunto una consistenza tale da ingenerare un legittimo affidamento circa la loro regolarità" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014 n. 5609; id. 18 agosto 2009 n. 4958; id. 2 ottobre 2007, n. 5074; Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964; Consiglio di Stato sez. V, 17/01/2018 n. 257.)"

⁶⁹² Cfr. la già citata Cons. Stato Sez. V, Sent., 06/05/2015, n. 2262: "è vero che, in via generale, l'acquisizione d'ufficio di documenti da parte del responsabile del procedimento obbedisce a criteri di buona amministrazione ed efficace andamento dei pubblici uffici (precetti di rango costituzionale, a norma dell'art. 97 Cost.), oltre che al preciso disposto del comma 2 dell' art. 18 della L. n. 241 del 1990, "comunque una tale acquisizione comporta un onere di preventiva, espressa e precisa dichiarazione, da parte dell'interessato, degli atti, già in possesso dell'Amministrazione, ai quali egli intenda far rinvio, non potendosi di converso configurare, a carico dell'Amministrazione, un onere di ricerca "al buio" della documentazione di volta in volta utile per l'interessato stesso, che finirebbe addirittura col porsi in contrasto con lo spirito dei precetti di cui sopra e con le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa e con il determinare possibili (ed inammissibili) situazioni di privilegio per taluni soggetti (per i quali la "ricerca" lasciata alla discrezionalità dell'Amministrazione si riveli "fruttuosa") e di disfavore per altri (per i quali l'Amministrazione poco o nulla "rinventa")" (Consiglio di Stato n. 3801/2003)."

⁶⁹³ La formulazione della previsione avrebbe potuto essere più chiara, ma è evidente che si riferisce ai controlli che vengono svolti già durante la pendenza del procedimento principale, in ordine al quale è ben possibile prevedere che lo stesso non venga proseguito.

Naturalmente la regolarizzazione conosce dei limiti: non possono sicuramente essere rettifiche le dichiarazioni mancanti di specifici contenuti, quindi inidonee a dare prova di alcun dato o stato rilevante ai fini della decisione, né quelle carenti di elementi indispensabili ai fini dell'integrazione dell'efficacia della medesima dichiarazione, connessa alla effettiva imputabilità del contenuto alla persona del dichiarante. Proprio questa imputabilità, in effetti, è necessaria per il corretto funzionamento del sistema delle autocertificazioni, basato sull'impegno del dichiarante a "dire il vero", sulla base di precise responsabilità, anche di carattere penale; in mancanza, verrebbero meno i presupposti minimi perché le autocertificazioni si atleggino ad atti produttivi di certezza. A questo proposito, se sicuramente non è rettificabile la mancata sottoscrizione, requisito minimo di attribuzione della dichiarazione⁶⁹⁴, posto che "se il modello di autocertificazione non è sottoscritto, non ha nessun significato, non solo giuridico, ma neanche logico, perché viene meno la stessa riconoscibilità esteriore come forma di autocertificazione"⁶⁹⁵ (determinando, quindi, l'omessa presentazione dell'atto), alcuni dubbi si pongono in ordine alla mancanza del documento di identità. La giurisprudenza e parte della scienza giuridica mostrano di assimilare questa ipotesi alla prima, ritenendo che siano entrambi elementi necessari per consentire di identificare in maniera univoca il dichiarante e per determinare l'assunzione di responsabilità piena sul contenuto del documento⁶⁹⁶. Questa rigidità, però, non convince quella interpretazione secondo cui la fotocopia del documento d'identità non svolgerebbe la stessa funzione della sottoscrizione, ma rafforzerebbe solo la portata probatoria di ciò che quella di per sé già prova; da questo deriverebbe che la mancata allegazione di fotocopia del documento non potrebbe essere motivo valido di esclusione dalla procedura, ma dovrebbe essere sempre passibile di regolarizzazione. Un diverso atteggiamento porrebbe in contraddizione la stessa funzione di speditezza e alleggerimento delle incombenze istruttorie che si attribuisce all'istituto delle

⁶⁹⁴ M. BOMBARDELLI, *Gli errori formali nelle dichiarazioni sostitutive*, *Giornale dir. amm.*, 2007, 1, 31, evidenzia la triplice funzione della sottoscrizione, indicativa (con l'identificazione dell'autore), dichiarativa (con l'assunzione di paternità) e dimostrativa (cioè l'attitudine a dimostrare l'autenticità della dichiarazione).

⁶⁹⁵ Così Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2005, n. 364.

⁶⁹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2006, n. 2477, secondo cui la mancata allegazione di fotocopia del documento di identità ad una dichiarazione sostitutiva di atto notorio non può essere considerata una mera irregolarità, in quanto necessaria ai fini dell'imputazione del contenuto della stessa al suo autore; il documento, in sostanza, permette di stabilire "un nesso biunivocamente rilevante tra dichiarazione e responsabilità personale del sottoscrittore". Nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140. In questi termini anche M. GNES, *La decertificazione*, cit., 191. Si evidenzia come, d'altro canto, il dato normativo sembri privilegiare questa opzione ermeneutica, quantomeno per le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, in ordine alle quali è stabilito dall'art. 38, comma 3, che siano "sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. La copia fotostatica del documento è inserita nel fascicolo. La copia dell'istanza sottoscritta dall'interessato e la copia del documento di identità possono essere inviate per via telematica [...]"

dichiarazioni sostitutive⁶⁹⁷, oltre che la generale tendenza alla dequotazione dei vizi formali non idonei ad incidere sul contenuto del provvedimento⁶⁹⁸.

Come in precedenza evidenziato, la giurisprudenza ha delimitato gli esatti confini dell'area di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio nei diversi procedimenti amministrativi in cui esso può venire in rilievo, anche con riferimento ai casi di impiego di dichiarazioni sostitutive. Oltre ai c.d. elementi essenziali, è necessario quantomeno un principio di prova, in modo tale che i dati già raccolti facciano sorgere un ragionevole dubbio circa il possesso di uno specifico requisito o la sussistenza di un determinato elemento.

Inoltre, in caso di procedure comparative, è pacificamente riconosciuta la necessità di rispettare la *par condicio* tra i diversi partecipanti, nel senso che al soccorso istruttorio non può procedersi nel caso in cui lo stesso possa provocare danno a coloro i quali avevano diligentemente fornito la documentazione necessaria all'istruttoria⁶⁹⁹. Per tracciare le caratteristiche principali del soccorso istruttorio nelle procedure non regolamentate dal codice dei contratti pubblici, è utile richiamare i punti fermi indicati dalla già citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2014. In primo luogo, nei procedimenti diversi da quelli comparativi, il potere di soccorso istruttorio può essere esercitato tendenzialmente senza limiti, salvo quelli propri della singola disciplina di settore; in relazione ai procedimenti comparativi – ferma restando la necessità di un'interpretazione rigorosa in ordine al suo contenuto ed ai suoi effetti, condividendo questi la *ratio* delle gare propriamente contrattuali, il soccorso e il

⁶⁹⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2004, n. 107. Così anche M. BOMBARDELLI, *op. ult. cit.*, 34, che mette in luce come il comun denominatore del percorso normativo trasfuso nel testo unico sia l'esigenza di semplificazione dei meccanismi di produzione, gestione e circolazione della documentazione amministrativa e della certezza pubblica e che l'eccessiva attenzione alle formalità previste per l'attendibilità delle dichiarazioni porti a perdere di vista il vero obiettivo dell'intero impianto.

⁶⁹⁸ In questa linea si esprime anche M. IMMORDINO, *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 3-4, 604 ss.

⁶⁹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248. Ad esempio, nell'ipotesi di concorsi per l'assunzione o per il conferimento di incarichi, l'indicazione dei titoli è un elemento essenziale della domanda di partecipazione, la cui mancanza non può essere sanata da un'indicazione successiva alla scadenza del termine di presentazione, integrandosi altrimenti una vera e propria integrazione della domanda e non una mera regolarizzazione, circostanza che sarebbe inammissibile nelle procedure concorsuali in ragione della perentorietà dei termini e del necessario rispetto del principio della *par condicio* dei candidati. In questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 1042. Le dichiarazioni, quindi, perché possano essere rettificabili ed integrabili, devono essere state effettivamente rese, anche se con modalità che non le rendano totalmente intelleggibili o senza il rispetto di tutti i requisiti formali. Così T.A.R. Umbria, Sez. I, 16 febbraio 2015, n. 78. Ancora, Cons. Stato Sez. III, 25 maggio 2016, n. 2219, a proposito della esclusione dalla partecipazione ad un pubblico concorso, ha ribadito che in tema di procedure ad evidenza pubblica, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente (si tratti di gara o di altro tipo di concorso), l'invito alla integrazione sarebbe violativo del principio della *par condicio*, leso dalla rimessione in termini del concorrente operata dalla sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente per non aver lo stesso presentato, nei termini e secondo le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o una documentazione conforme al bando.

suo esercizio devono essere valutati alla stregua di un parametro di proporzionalità. Tuttavia, il Consiglio di Stato aggiunge che, sempre al di fuori del campo di applicazione del codice dei contratti pubblici, nei procedimenti amministrativi, in particolare, nelle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti “si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'auto responsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti [...]”⁷⁰⁰.

Da un lato, quindi, soprattutto nelle procedure selettive e concorsuali, l'istituto risulta rispondere *in favor participationis*; dall'altro, tuttavia, deve essere bilanciato con l'interesse al celere e ordinato svolgimento del procedimento, evitando che la sua applicazione dilati eccessivamente la durata dello stesso⁷⁰¹, in ossequio al principio – pure ribadito più volta dalla giurisprudenza – della completezza delle dichiarazioni come valore a sé stante e imprescindibile⁷⁰².

2.2 Le dichiarazioni sostitutive non veritiere. Le responsabilità dell'amministrazione certificante e dell'amministrazione procedente

In generale, il sistema delle autocertificazioni ruota essenzialmente attorno a due perni: il potere/dovere di controllo della veridicità delle dichiarazioni rese, dal lato dell'amministrazione, e la responsabilizzazione del dichiarante, il quale si impegna a “dire il vero”. È sotteso a questo sistema un necessario rapporto di fiducia e di leale collaborazione tra

⁷⁰⁰ Nello stesso senso, cfr., *ex plurimis*, Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3; successivamente, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408; Sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; antecedentemente alla Plenaria cfr. Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291.

⁷⁰¹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2012, n. 6291; sez. III, 16 marzo 2012, n. 1471.

⁷⁰² Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5869, a mente del quale “nelle procedure evidenziali il c.d. falso innocuo è istituito insussistente atteso che, nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione; pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare.” (cfr. *ex multis* CGA 710 del 2013 Cons. St. V Sez. n. 3397 del 2013). Ed infatti “l'intero sistema della disciplina delle procedure di evidenza pubblica poggia sulla presentazione, da parte delle imprese concorrenti, di dichiarazioni sostitutive che le vincolano in base all'elementare principio dell'autoresponsabilità e che devono essere rese con diligenza e veridicità (Consiglio di Stato, sez. V, 1 dicembre 2014, n. 5928)”. Cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2016 n. 3014.

l'amministrazione e il cittadino, il cui funzionamento necessita, tuttavia, di un idoneo sistema di responsabilità per tutti i soggetti interessati.

Il testo unico delinea, in primo luogo, specifiche responsabilità in capo all'amministrazione certificante e a quella precedente. La prima è tenuta, come già evidenziato, a cooperare attivamente con il soggetto pubblico che ha avviato o concluso il procedimento durante la fase di verifica o nel corso dell'accertamento d'ufficio, rispondendo prontamente alle richieste che riceve nel termine massimo di trenta giorni⁷⁰³. In merito alla seconda, invece, l'art. 73 del testo unico stabilisce un'esenzione di responsabilità per la stessa e per i suoi dipendenti in relazione agli atti emanati, quando l'emanazione sia conseguenza di false dichiarazioni o di documenti falsi o contenenti dati non più rispondenti a verità, prodotti dall'interessato o da terzi⁷⁰⁴. È esclusa, quindi, sia una responsabilità civile, per l'eventuale pregiudizio cagionato a terzi, che amministrativa, per l'esborso di risorse pubbliche derivanti dal riconoscimento illegittimo, e ulteriormente disciplinare o penale. L'esenzione, però, non rileva per il caso di dolo o colpa grave, astrattamente configurabile quando, ad esempio, pur nel caso di dubbio circa la falsità di una dichiarazione, non si sia proceduto a verificarla oppure nell'ipotesi in cui non siano stati predisposti controlli neanche a campione⁷⁰⁵.

Esulano infine dal tema delle conseguenze delle false dichiarazioni - ma sono comunque previste nel capo VI del testo unico - le responsabilità che sorgono in capo all'amministrazione precedente in specifiche ipotesi di violazione dei doveri d'ufficio per alcuni comportamenti non conformi al disegno di massima decertificazione e semplificazione documentale, quali la mancata accettazione delle dichiarazioni sostitutive o la richiesta di certificati o atti notori⁷⁰⁶.

⁷⁰³ Cfr. il già citato art. 72, comma 3 d.P.R. 445/2000: "La mancata risposta alle richieste di controllo entro trenta giorni costituisce violazione dei doveri d'ufficio e viene in ogni caso presa in considerazione ai fini della misurazione e della valutazione della *performance* individuale dei responsabili dell'omissione".

⁷⁰⁴ Cfr. art. 73 d.P.R. 445/2000: "Le pubbliche amministrazioni e i loro dipendenti, salvi i casi di dolo o colpa grave, sono esenti da ogni responsabilità per gli atti emanati, quando l'emanazione sia conseguenza di false dichiarazioni o di documenti falsi o contenenti dati non più rispondenti a verità, prodotti dall'interessato o da terzi".

⁷⁰⁵ Si rammenta, inoltre, che il pubblico dipendente che abbia ricevuto false dichiarazioni ha l'obbligo di denunciarle all'Autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 331 c.p.p.: "Salvo quanto stabilito dall'articolo 347, i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito". Sull'incertezza sul comportamento che deve tenere un'amministrazione che abbia maturato sospetti ragionevoli - non, quindi, la certezza - di aver ricevuto dichiarazioni mendaci, e sulla ugualmente incerta posizione del dipendente di quella amministrazione, si è soffermato G. FRANCHI SCARSELLI, *Il regime dei controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive nel testo unico sulla documentazione amministrativa*, cit., 299.

⁷⁰⁶ Cfr. art. 74 d.P.R. 445/2000 "1. Costituisce violazione dei doveri d'ufficio la mancata accettazione delle dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto di notorietà rese a norma delle disposizioni del

2.3 Le responsabilità del dichiarante: i profili penali e le conseguenze amministrative della falsa dichiarazione

In caso di dichiarazione non rispondente al vero, il dichiarante è chiamato a sottostare a due forme di possibili conseguenze.

In primo luogo, egli incorre in responsabilità penali: l'art. 76 del testo unico rinvia alle norme del relativo codice, disponendo che "chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia". Lo stesso articolo specifica, inoltre, che l'utilizzo di un atto il cui contenuto non è più rispondente a verità equivale all'impiego di un atto falso e che, ai fini della responsabilità penale, le dichiarazioni sostitutive si considerano fatte ad un pubblico ufficiale⁷⁰⁷.

Le fattispecie di reato che il codice penale configura sono molteplici: si va dalla falsità materiale⁷⁰⁸ a quella ideologica⁷⁰⁹, all'uso di atto falso⁷¹⁰, alla falsa dichiarazione sull'identità, sullo stato o su altre qualità della propria o altrui persona⁷¹¹, all'usurpazione di titoli⁷¹², fino alla truffa ai danni dello Stato (o di altro ente pubblico)⁷¹³. Naturalmente, perché il dichiarante possa essere perseguito penalmente, occorre che la pubblica amministrazione procedente denunci il fatto all'Autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 331 c.p.p.

presente testo unico. 2. Costituiscono altresì violazioni dei doveri d'ufficio: a) la richiesta e l'accettazione di certificati o di atti di notorietà; b) il rifiuto da parte del dipendente addetto di accettare l'attestazione di stati, qualità personali e fatti mediante l'esibizione di un documento di riconoscimento; c) la richiesta e la produzione, da parte rispettivamente degli ufficiali di stato civile e dei direttori sanitari, del certificato di assistenza al parto ai fini della formazione dell'atto di nascita; *chis*) il rilascio di certificati non conformi a quanto previsto all'articolo 40, comma 02". La violazione dei doveri d'ufficio costituisce illecito contrattuale e fa sì che l'amministrazione possa esercitare sia i rimedi normali di diritto comune sia l'azione disciplinare nei confronti del proprio dipendente.

⁷⁰⁷ Cfr. art. 76, commi 2 e 3, d.P.R. 445/2000. Il successivo comma 4 prosegue aggiungendo che "se i reati indicati nei commi 1, 2 e 3 sono commessi per ottenere la nomina ad un pubblico ufficio o l'autorizzazione all'esercizio di una professione o arte, il giudice, nei casi più gravi, può applicare l'interdizione temporanea dai pubblici uffici o dalla professione e arte".

⁷⁰⁸ Cfr. art. 482 c.p. (Falsità materiale commessa dal privato), che a sua volta rinvia agli artt. 476 c.p. (Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici), 477 c.p. (Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in certificati o autorizzazioni amministrative) e 478 c.p. (Falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in copie autentiche di atti pubblici o privati e in attestati del contenuto di atti).

⁷⁰⁹ Cfr. art. 483 c.p. (Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico).

⁷¹⁰ Cfr. art. 489 c.p. (Uso di atto falso).

⁷¹¹ Cfr. artt. 495 c.p. (Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri) e 496 c.p. (Falsa dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica sull'identità o su qualità personali proprie o di altri).

⁷¹² Cfr. art. 498 c.p. (Usurpazione di titoli o di onori).

⁷¹³ Cfr. art. 640, comma 2, c.p.

L'altra conseguenza scaturente dalla falsa dichiarazione, che maggiormente rileva ai fini della presente analisi, è quella prevista dall'art. 75 del testo unico, a mente del quale "fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera." Si tratta, quindi, delle conseguenze amministrative della falsa dichiarazione, che si aggiungono alle sanzioni penali.

La disposizione pone gli stessi interrogativi sollevati nelle precedenti parti di questo lavoro a proposito delle conseguenze delle falsità nei tre settori già analizzati. Ci si chiede, quindi, se la decadenza sia una misura automatica, discendente direttamente dall'accertamento del mendacio, o se richieda, quantomeno, un profilo di imputabilità soggettiva della falsità; e ancora se la decadenza debba essere disposta solo dopo aver adeguatamente bilanciato gli interessi pubblici e privati che vengono in rilievo; infine, se si tratti, in definitiva, di una sanzione amministrativa o se non possa essere piuttosto ricondotta a quelle misure amministrative con carattere meramente ripristinatorio che, come in precedenza evidenziato, parte della scienza giuridica non qualifica come vere e proprie sanzioni amministrative. Un ulteriore profilo problematico attiene al rilievo della effettiva incidenza causale della falsità sull'ottenimento del beneficio ai fini della misura decadenziale.

Gli interrogativi sono per molti aspetti collegati. Come è stato evidenziato, questa disposizione ha un risalente antecedente nell'art. 127 lett d) del t.u. degli impiegati civili dello stato, secondo il quale incorre nella decadenza dall'impiego colui che abbia conseguito l'incarico attraverso la produzione di documenti falsi (ovvero viziati da invalidità non sanabile). Anche questa previsione aveva fatto sorgere dubbi sulla natura della misura ivi prevista, venendo qualificata ora come atto di ritiro ora come vera e propria sanzione, orientamento poi prevalso nell'interpretazione della scienza giuridica⁷¹⁴ e della giurisprudenza⁷¹⁵. Secondo questa impostazione, tuttavia, la disposizione della decadenza

⁷¹⁴ Cfr. M. AMMENDOLA, voce *Dispensa e decadenza*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1960, 163.

⁷¹⁵ Cfr., *ex multis*, tra le pronunce più recenti Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2018, n. 2399, che, in una controversia relativa all'applicazione dell'art. 127 t.u., espressamente afferma che "la decadenza *ex nunc* non implica quella rivalutazione dell'interesse pubblico, tipica dell'autotutela, sulla quale di necessità influisce il decorso di un tempo non irragionevole (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 10 luglio 2013, n. 3707), ma costituisce una sanzione discendente dall'accertamento, anche a distanza di tanti anni, di condotte gravemente scorrette o addirittura fraudolente, che hanno consentito o favorito l'attestazione documentale di requisiti inesistenti e, con ciò, l'instaurazione, *ab origine* insanabilmente viziata, del rapporto di pubblico impiego". Si veda ancora T.A.R. Lazio Roma, sez. III bis, 05 gennaio 2018, n. 64, che parla di "provvedimento sanzionatorio" che "opera quando sia accertato che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile".

necessita, proprio in quanto sanzione, dell'accertamento dell'elemento soggettivo del dipendente-dichiarante⁷¹⁶.

È stato già anticipato il profilo problematico relativo alla natura da attribuirsi, in generale, alla misura della decadenza, in considerazione dell'eterogeneità dei fenomeni in relazione ai quali il legislatore impiega il termine, che ne impedisce la riconducibilità ad un unico istituto e fa al contempo dubitare della possibilità di riconoscerne una effettiva natura sanzionatoria⁷¹⁷. È stata ugualmente già ricordata quella ricostruzione dottrina⁷¹⁸ che ha posto in luce come normalmente la decadenza sia prevista in presenza di provvedimenti ampliativi delle facoltà del privato e trovi il suo presupposto in un inadempimento di un'obbligazione nella vigenza di un rapporto obbligatorio o nel mancato esercizio di una facoltà ovvero nella mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti necessari per l'instaurazione o prosecuzione del rapporto con l'amministrazione. Quella parte di scienza giuridica che, invece, ne predica la natura sanzionatoria, d'altro canto, riconosce in capo all'amministrazione il potere di operare una possibile valutazione discrezionale del comportamento del privato in ordine alla effettiva decadenza dal beneficio già concesso, escludendo, invece, un automatismo tra la violazione commessa e il risultato decadenziale⁷¹⁹.

Nel caso della misura ex art. 75 d.P.R. 445/2000 non sembra che ci si possa discostare dalla soluzione a cui si è arrivati in relazione alla decadenza dagli incentivi ai sensi dell'art. 42 D.lgs. 28/2011; la considerazione deriva dal concreto operare della misura, per come emerge dalla lettera dell'art. 75 del testo unico, ma anche dalla *ratio* complessiva del sistema della semplificazione documentale, che ha lasciato comunque immutato il valore della

⁷¹⁶ Cfr. L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, cit., 164.

⁷¹⁷ In questi termini M.A. SANDULLI, *Decadenza e sanzione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1980 e diffusamente nel diverso contributo *Decadenza. II*), *Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., *passim*, riconduce la decadenza ai "provvedimenti ad effetto estintivo" per sopravvenuta cessazione di presupposti necessari per il rilascio dell'atto costitutivo del rapporto, riferendosi per lo più a ipotesi di decadenza del dipendente pubblico per perdita dei requisiti (es. cittadinanza), fattispecie che si affianca, senza possibile omogeneità, alla decadenza del concessionario di servizi "per grave ed essenziale inadempimento". In altre ipotesi il termine decadenza è confuso con quello di revoca. In questa ricostruzione, comunque, la decadenza è inserita tra i poteri di autotutela, in quanto passibile di esecuzione coattiva senza il consenso del privato. In precedenza, ha fatto rientrare la decadenza tra gli atti di ritiro, espressione di autotutela amministrativa anche P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Palermo, 1956, 348.

⁷¹⁸ Questa tripartizione è contenuta in G. SANTANIELLO, *Decadenza c) Diritto Amministrativo*, cit., 800 ss e in M.A. SANDULLI, *Decadenza. II*), *Diritto amministrativo*, cit.

⁷¹⁹ In questi termini M. DI LORENZO, *L'annullamento in via amministrativa del provvedimento illegittimo in confronto con l'annullamento e la revoca*, in *Foro amm.*, 1973, I, 143; G. SANTANIELLO, *Decadenza*, cit., che osserva che "non ogni infrazione [...] ma solo un'infrazione grave e ingiustificata" conduce alla decadenza.

funzione di certezza pubblica⁷²⁰; ciò vale tanto più con la configurazione delineata dal d.P.R. 445/2000, che pretende di consentire alla certezza giuridica di conciliarsi con il principio della semplificazione, affiancandogli la pretesa del riscontro della veridicità attraverso le disposizioni sui controlli. Proprio i controlli, infatti, rispetto a quelli introdotti negli anni '90, si mostrano più incisivi ed estesi.

Anche la decadenza ai sensi dell'art. 75 d.P.R. 445/200 potrebbe essere ricondotta alle misure amministrative sfavorevoli di tipo riparatorio-ripristinatore dello stato di fatto o di diritto antecedente alla violazione, che la scienza giuridica suole distinguere dalle sanzioni in senso stretto perché prive di qualsiasi carattere afflittivo⁷²¹. Si tratta, quindi, di una misura ripristinatoria, che non colpisce il soggetto o elementi connessi alla sua personalità, ma mira a reintegrare l'interesse giuridico leso alla corretta attribuzione di un beneficio pubblico⁷²² ovvero a non instaurare o proseguire rapporti giuridici con soggetti che abbiano agito in violazione del principio di lealtà (che, soprattutto nel caso di rapporti di pubblico impiego, costituisce uno dei cardini dello stesso rapporto ai sensi dell'art. 98 Cost.); o ancora, nell'ambito più generale delle procedure comparative, l'interesse a tutelare ai sensi dell'art. 97 Cost. l'eguaglianza tra più eventuali aspiranti alla stessa misura ampliativa della propria sfera giuridica, pregiudicati dalla sleale competizione con chi abbia partecipato alla selezione con documenti falsi e/o viziati.

A ben vedere, questa decadenza costituisce la figura generale di misura che l'ordinamento appronta a fronte di false dichiarazioni, di cui la previsione ai sensi del

⁷²⁰ Si veda sul punto G.F. SCARSELLI, *Il regime dei controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive nel testo unico sulla documentazione amministrativa*, cit.,

⁷²¹ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da M.A. SANDULLI, *Sanzione. IV Sanzioni amministrative*, cit., 2, che evidenzia che “pare necessario distinguere, nell'ambito della vasta categoria dei fenomeni che presentano i suddetti caratteri, le «sanzioni» in senso stretto da tutte quelle misure le quali, pur consistendo, come le prime, nell'infrazione di un male in risposta alla contravvenzione ad un precetto giuridico, diverso dalla mera attuazione di quel precetto stesso, se ne differenziano poi profondamente sotto il profilo teleologico, in quanto assolvono ad una funzione (non già afflittiva, sibbene) direttamente e immediatamente riparatoria dell'interesse violato (secondo l'esempio classico della c.d. sanzione civile di risarcimento del danno) o ripristinatoria dello stato di fatto o di diritto preesistente all'illecito (v. *la reductio in pristinum*)”. Così anche E. CASSETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1997, secondo cui la sanzione “ha natura e funzione eminentemente afflittiva”. L'Autore prosegue affermando che “[...] b) non è sanzione la dichiarazione di nullità o la rimozione dell'atto invalido, perché la reazione dell'ordinamento opera qui soltanto nei confronti dell'atto, mentre il soggetto rimane estraneo alla diretta considerazione normativa; c) non è sanzione la reintegrazione, in qualsiasi forma, dello stato di cose antecedente alla trasgressione, da cui esula qualsiasi finalità afflittiva”. La natura afflittiva delle sanzioni, in quanto volte a colpire l'autore dell'illecito, è evidenziata anche in B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Corso di diritto amministrativo, I. Istituzioni di diritto amministrativo*, V, Milano, Giuffrè, 2015, 343.

⁷²² Per questo motivo non sono vere sanzioni amministrative quelle misure con finalità ripristinatorie che – in luogo del soggetto – colpiscono l'oggetto dell'attività posta in essere. Così B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*

sopracitato art. 42 D. Lgs. 28/2011 rappresenta una declinazione specifica in un determinato settore. La stessa considerazione può essere fatta per l'esclusione dalla procedura di evidenza pubblica nella quale venga ravvisata la falsità di uno degli elementi dichiarati dall'aspirante aggiudicatario di un appalto pubblico. La misura, inoltre, si presenta in linea con altre previsioni che disciplinano le conseguenze di falsità nelle dichiarazioni: di fatto, l'accertamento della non veridicità di quanto rappresentato impedisce la conformazione dell'attività intrapresa o dell'effetto ampliativo della sfera giuridica dell'istante alla legge, similmente a quanto dispone l'art. 21 della legge n. 241/90 per le dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 19 e 20 della medesima legge.

L'interpretazione pretoria per lo più è concorde nel negare la possibilità del bilanciamento di eventuali valori contrapposti che possano venire in rilievo a fronte della scoperta del falso, come la maggiore o minore gravità della condotta del privato o l'interesse al mantenimento dell'atto. A ben vedere, l'art. 75 si inserisce in un contesto in cui alla dichiarazione sullo *status* o sul possesso di determinati requisiti è attribuita funzione probatoria, circostanza che fa sorgere il dovere del dichiarante di "dire il vero". Questo significa che, a prescindere dai profili penali, che andranno accertati indagando in merito alla ricorrenza dei presupposti del reato di falso, la dichiarazione mendace impedisce di per sé al dichiarante il raggiungimento dello scopo a cui era indirizzata e, quindi, se già ottenuta, non può non comportare la decadenza dall'*utilitas* conseguita grazie al mendacio⁷²³.

In questo quadro, quindi, se la dichiarazione falsa o non veritiera opera come fatto, non acquista alcuna rilevanza l'elemento soggettivo, ovvero il dolo o la colpa del dichiarante, né potrebbe intervenire un'eventuale valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione procedente in ordine alla concreta gravità della falsità. Nell'ambito del complessivo sistema della decertificazione il mendacio si pone come motivo di inidoneità della dichiarazione allo scopo cui era diretta e la comminatoria di decadenza è la naturale conseguenza di questa incapacità, anche a prescindere dalla individuazione della effettiva natura della misura.

La mancata conformazione dell'attività alla legge ed il rilievo del falso come mero fatto sono, in sintesi, una diretta applicazione del principio di autoresponsabilità del dichiarante, che – come già evidenziato nella parte iniziale del presente lavoro – informa tutto il sistema delle autocertificazioni e i diversi procedimenti "in autocertificazione". In queste ipotesi si verifica una concentrazione o addirittura eliminazione di alcuni momenti istruttori o decisorii, che vengono sostituiti dalle rappresentazioni provenienti dallo stesso privato, a cui si attribuisce portata probatoria privilegiata. Il valore di simili dichiarazioni, tuttavia, non è tale da poter consentire un superamento definitivo del potere pubblico che in quei procedimenti è

⁷²³ In questi termini Cons. Stato Sez. V, Sent., 9 aprile 2013, n. 1933.

chiamato ad essere esercitato, con sacrificio definitivo del principio inquisitorio e delle esigenze di completezza dell'istruttoria.

La valvola di salvaguardia del sistema, che mostra la sua efficacia ed il suo funzionamento al momento dell'effettuazione dei controlli, è rappresentata proprio dal principio di autoresponsabilità, quale criterio di imputazione delle conseguenze dell'attività posta in essere dall'agente che, in piena libertà, adotta uno specifico contegno rispetto ad un determinato interesse proprio ed assume di fatto una responsabilità nei confronti di se stesso. Se, quindi, l'ordinamento intende responsabilizzare il privato, facendo sì che l'interessato che abbia dato avvio ad una specifica attività “poteva e doveva fare affidamento solo su se stesso”⁷²⁴, l'autoresponsabilità trova la sua concreta applicazione nel meccanismo “sanzionatorio” previsto dall'art. 75 d.P.R. 445/2000, in quanto “derivante dalla possibilità di presentare dichiarazioni che abbiano valenza giuridica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tanto che l'eventuale “abuso” di tali strumenti (tale cioè da generare dubbi sulla veridicità del contenuto) può, tra l'altro, impedire [...] il prodursi di effetti favorevoli nella sfera dell'interessato”.⁷²⁵

Il principio, d'altro canto, si ricollega ai più generali obblighi di correttezza che incombono sul privato nel corso del procedimento amministrativo, soprattutto nelle procedure comparative e di massa, specificati anche attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede e della solidarietà, che trovano il loro fondamento sostanziale negli art. 2 e 97 Cost., ed impongono al privato l'assolvimento di oneri minimi di cooperazione⁷²⁶ con l'amministrazione. L'aspirazione verso il risultato sperato e, quindi, verso il soddisfacimento dell'interesse pretensivo costituisce, in questa impostazione, il giusto contrappeso per l'attribuzione al privato di rilevanti responsabilità procedurali ed istruttorie e per l'imputazione allo stesso delle conseguenze negative che dal cattivo esercizio di questo potere dovessero derivare. È stato giustamente rilevato⁷²⁷, d'altro canto, che tale meccanismo può funzionare adeguatamente solo nei procedimenti ad istanza di parte e con riferimento alle allegazioni che rientrano nella responsabilità dell'interessato, perché il mancato adempimento

⁷²⁴ In questi termini si esprime L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 771.

⁷²⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 26 aprile 2006, n. 1054 e, da ultimo, T.A.R. Lazio, sez. III Ter, 29 gennaio 2018, n. 985.

⁷²⁶ Cfr. Cons. St., Ad. Pl., 25 febbraio 2014, n. 9. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 6.

⁷²⁷ Si veda sul punto P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., 64, secondo cui i doveri di leale collaborazione e informazione, invece, tornano ad imporsi come obbligatori nei procedimenti repressivi o sanzionatori. In queste ipotesi, il comportamento omissivo viene sanzionato in quanto violazione di un obbligo che deriva dalla legge.

di condizioni e prescrizioni vanno *in primis* a suo danno, non consentendogli di raggiungere il bene della vita sperato.

In tali procedimenti, se l'interessato "poteva e doveva fare affidamento solo su se stesso"⁷²⁸, l'autoresponsabilità sembra porsi come limite all'operare del legittimo affidamento nei confronti della stabilità della posizione giuridica dell'istante, ampliata grazie al proprio determinante contributo causale. In questo sembra mostrarsi in modo particolarmente evidente il differente modo di operare della misura decadenziale rispetto all'annullamento in autotutela ex art. 21*nonies* legge n. 241/90. Sul punto, giova evidenziare che la giurisprudenza, soprattutto quella meno recente, nel pronunciarsi in merito all'art. 75 d.P.R. 445/2000, in alcuni casi qualifica la misura alla stregua di un atto di "annullamento d'ufficio"⁷²⁹. Tuttavia, non sembra che l'interesse di quelle pronunce sia la fissazione di un regime di condizioni al ricorrere delle quali sia possibile disporre la decadenza, analoghe a quelle a cui l'ordinamento attualmente subordina l'autotutela: non si parla mai, infatti, del bilanciamento degli interessi coinvolti e della necessaria attualità di quello pubblico alla rimozione dell'atto, dando rilievo all'esercizio di un potere discrezionale; la maggior parte delle pronunce ritengono che l'interesse a far venir meno i benefici già accordati sia *in re ipsa*, arrivando a sostenere che in capo all'amministrazione ricada un vero e proprio obbligo ad eliminare il provvedimento viziato⁷³⁰; né alcuno spazio viene dato alla tutela dell'affidamento legittimo che l'interessato possa vantare.

In effetti, a differenza della previsione contenuta nell'art. 21*nonies* legge n. 241/90, la formulazione dell'art. 75 d.P.R. 445/2000 non lascia margine di discrezionalità alle

⁷²⁸ In questi termini si esprime L. FERRARA, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 771.

⁷²⁹ Come rileva L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, cit., il fatto che la giurisprudenza, in merito all'applicazione dell'art. 75, parli molto spesso di annullamento d'ufficio può ricollegarsi anche al fatto che, mentre questo interviene sul provvedimento amministrativo adottato sulla base delle dichiarazioni false, eliminandolo dal mondo giuridico, la decadenza interviene sul piano degli effetti, facendo venir meno quelli favorevoli già prodottosi nella sfera del destinatario.

⁷³⁰ Al limite, quindi, la figura potrebbe essere assimilata alla categoria dell'annullamento "doveroso", la cui validità dipende esclusivamente dal riscontro dell'illegittimità originaria del provvedimento. La figura dell'annullamento *in re ipsa*, come già evidenziato, non è pacificamente accolta dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza. Si veda, da ultimo, Cons. St., Ad. Plen., 17 ottobre 2017, ha cercato di risolvere il contratto che era sorto in giurisprudenza a proposito della motivazione dell'annullamento dei titoli edilizi. Secondo questa pronuncia, non è possibile postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione dei titoli edilizi illegittimamente rilasciati. Pertanto, "grava in via di principio sull'amministrazione [...] l'onere di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti". Allo stesso tempo, tuttavia, il Collegio introduce una serie di mitigazioni al principio affermato, in relazione all'annullamento dei titoli edilizi, evidenziando che "la nozione di ragionevolezza del termine è strettamente connessa a quella di esigibilità in capo all'amministrazione, ragione per cui è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione 'ragionevole') decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto".

amministrazioni: la *ratio* della norma è quella di semplificare l'azione amministrativa, facendo leva, lo si ripete, sul principio di autoresponsabilità del dichiarante. L'interpretazione pretoria ribadisce, quindi, che la non veridicità di quanto autodichiarato rileva sotto un profilo oggettivo e conduce alla decadenza dei benefici ottenuti con l'autodichiarazione non veritiera, indipendentemente da ogni indagine sull'elemento soggettivo del dichiarante, “perché non vi sono particolari risvolti sanzionatori in gioco, ma solo le necessità di spedita esecuzione della legge sottese al sistema di semplificazione”⁷³¹.

Non sembra, quindi, che possa predicarsi il carattere sanzionatorio-afflittivo della decadenza ai sensi dell'art. 75. La considerazione emerge anche dall'esame di alcune delle disposizioni settoriali che disciplinano le conseguenze di false dichiarazioni, destinate ad essere integrate dalle previsioni generali contenuto nel testo unico. Il codice dei contratti pubblici, ad esempio, prevede che il concorrente del quale sia scoperta essere falsa una dichiarazione resa venga segnalato all'ANAC⁷³², che procederà alla eventuale iscrizione nel casellario, previa valutazione dell'elemento soggettivo che ha sorretto la condotta⁷³³. L'iscrizione determina l'esclusione automatica dalle successive procedure per una durata definita discrezionalmente dall'Autorità. In modo simile, operavano le previsioni del D.lgs. 28/2011 che consentivano l'esclusione dalla concessione di incentivi per la produzione di energia elettrica di competenza del GSE, per un periodo di dieci anni, nei confronti di soggetti per i quali fosse stato accertato che avevano fornito dati o documenti non veritieri, ovvero che avevano reso dichiarazioni false o mendaci, fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite⁷³⁴. La natura sanzionatoria della configurazione della falsa dichiarazione come condizione ostativa alla partecipazione alle procedure comparative è evidente, in quanto la finalità dell'esclusione va ben oltre il mero ripristino della legalità violata attraverso l'interruzione del singolo rapporto⁷³⁵.

⁷³¹ Così, *ex multis*, cfr. T.A.R. Liguria Genova Sez. I, Sent., 14 giugno 2017, n. 534, a proposito della decadenza dell'assegnazione dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica per dichiarazioni non veritiere o erronee su cui la stessa era stata basata. Così ancora, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2017, n. 1172; Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 404.

⁷³² Cfr. art. 80, comma 12, D. Lgs. 50/2016.

⁷³³ Sull'ipotesi di cui alla lett. g) cfr. il comunicato dell'ANAC del 31 maggio 2016 “Procedimenti per l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 80, comma 5, lett. g) D. Lgs. 50/2016”.

⁷³⁴ Cfr. art. 23, comma 2, e art. 43, comma 1, D. Lgs. 28/2011.

⁷³⁵ Tant'è che la Corte Costituzionale è intervenuta a dichiarare l'incostituzionalità delle previsioni degli artt. 23 e 43, giudicate non in linea con la delega legislativa e con i principi da questa fissati in caso di accertamento di violazioni rilevanti. Cfr. Corte Cost., 10 marzo 2017, n. 51. In effetti, la legge delega 4 giugno 2010, n. 96, si era limitata a prevedere che, con decreto legislativo, il Governo potesse introdurre nuove sanzioni penali e amministrative, consistenti, queste ultime, “nel pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro. Tuttavia, il legislatore delegato non si era attenuto alle indicazioni e con gli artt. 23 e 43 del D. Lgs. n. 28/2011, aveva introdotto la misura dell'interdizione decennale dall'accesso agli incentivi connessi alla produzione di energia elettrica.

Non può non rilevarsi come, nonostante l'orientamento pretorio maggioritario, alcuni interpreti hanno dubitato della effettiva rispondenza della misura decadenziale al principio di proporzionalità ed alla stessa *ratio* di semplificazione. Ci si chiede, in sostanza, se il rigido automatismo applicativo non leda in concreto l'equilibrio tra le diverse esigenze che vengono in rilievo; in effetti l'autocertificazione, quale istituto generale di semplificazione amministrativa, se, da un lato, ha lo scopo di favorire l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, dall'altro è posta anche in vista della migliore garanzia dei diritti dei singoli tutelati dalla Costituzione, che emergono nei diversi procedimenti amministrativi nei quali sono impiegate dichiarazioni sostitutive (ad esempio, il diritto di iniziativa economica, il diritto al lavoro, alla salute, allo studio, ecc..). Queste valutazioni hanno recentemente trovato condivisione in quella giurisprudenza che ha messo in dubbio la legittimità costituzionale dell'art. 75 per violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e uguaglianza, a causa tanto della mancata rilevanza attribuita all'effettiva gravità del fatto contestato che della omessa valutazione dell'elemento soggettivo.⁷³⁶

L'altro interrogativo che pone l'art. 75 attiene al rilievo che deve essere accordato all'incidenza causale del falso ai fini dell'ottenimento del beneficio in ordine alla decisione di disporre la decadenza. Ci si chiede, cioè, se l'ordinamento intenda ristabilire la legalità violata dalla mera adozione di un provvedimento in esito ad un procedimento all'interno del quale siano state prodotte dichiarazioni non veritiere o se, piuttosto, non miri a impedire l'effetto ampliativo della sfera giuridica del destinatario che sia conseguenza diretta del mendacio. Ci si chiede, quindi, che spazio venga attribuito al nesso di causalità tra la dichiarazione falsa e l'utilità conseguita e se la decadenza debba essere disposta nella particolare ipotesi in cui la dichiarazione non veritiera non abbia influito sull'adozione del provvedimento finale, in quanto il privato interessato avrebbe comunque ottenuto il bene della vita richiesto anche se la dichiarazione fosse stata veritiera. Abbiamo infatti visto che secondo la giurisprudenza il mendacio rileva *ex se* come mero fatto e determina la decadenza come misura che si impone all'amministrazione, priva di qualsiasi discrezionalità nella valutazione dell'interesse pubblico lesso e dell'elemento soggettivo del dichiarante. L'interpretazione pretoria mostra, in definitiva, una certa rigidità sul punto.

Tuttavia, questa applicazione rigorosa della misura ripristinatoria si accompagna ad un atteggiamento non uniforme sul rilievo del nesso causale tra falso e beneficio. Secondo un orientamento pure piuttosto diffuso, l'interpretazione dell'art. 75 ritenuta più conforme alla sua lettera e *ratio* richiederebbe la prova di questo nesso eziologico⁷³⁷. A tale conclusione il

⁷³⁶ Cfr. Tar Lecce, sez. III, ord., 24 ottobre 2018, n. 1544.

⁷³⁷ Cfr. T.A.R. Venezia, sez. III, 28 luglio 2008, n. 2125; TAR Milano, sez. III, 6 febbraio 2009, n. 1160.

Giudice amministrativo giunge sulla base di due diversi percorsi argomentativi. Alcune pronunce muovono dalla individuazione della natura *lato sensu* sanzionatoria dell'art. 75, contenente un precetto in concreto restrittivo della sfera giuridica dei destinatari; in questo senso, considerato che la lettera della norma non risulta chiara, l'esigenza che si pone sarebbe di procedere ad un'interpretazione restrittiva, quindi più favorevole al trasgressore⁷³⁸. Secondo un diverso percorso argomentativo, che si basa su valutazione di partenza del tutto opposte al precedente (quindi, negando la natura afflittiva), la decadenza sarebbe subordinata all'accertata rilevanza causale tra la dichiarazione falsa e il beneficio ottenuto, proprio in virtù della natura non sanzionatoria della misura ex art. 75, in quanto la decadenza dal beneficio si pone quale mero effetto, sul piano causale, dell'assenza, accertata in un secondo momento, dei requisiti necessari per l'ottenimento del beneficio (e non del falso in sé considerato)⁷³⁹.

L'esegesi della disposizione non è, evidentemente, condivisa da tutti gli interpreti, se si considera l'applicazione più formalistica che, soprattutto in passato, la giurisprudenza ha condotto nella materia degli appalti pubblici, evidenziando, in diverse occasioni, come la dichiarazione non veritiera costituisca una fattispecie autonoma di esclusione, che rinviene la sua giustificazione proprio nell'art. 75 d.P.R.; in questo senso, ad esempio, nel caso di autodichiarazioni non veritiere in ordine alle condanne penali, si dovrebbe prescindere dalla gravità dei reati non menzionati, in considerazione del fatto che la verifica circa la loro gravità e rilevanza per la valutazione della moralità professionale è di competenza della stazione appaltante⁷⁴⁰. Anche nel settore degli incentivi alla produzione di energia rinnovabile, l'interpretazione pretoria si mostra costante nell'escludere il rilievo del c.d. falso innocuo quando la falsità sia stata comunque resa nel corso del procedimento volto all'assegnazione di risorse pubbliche all'esito di una procedura comparativa.

⁷³⁸ Cfr. T.A.R. Venezia, sez. I, 19 dicembre 2006, n. 4131. Il Giudice ha annullato gli atti di revoca (si noti la qualificazione come revoca) dei contributi emanati dal Comune a sostegno del canone di locazione dovuto dal beneficiario, disposti ai sensi dell'art. 75 del d.p.r. 445/2000 perché lo stesso aveva reso una dichiarazione della situazione economica del nucleo familiare risultata non veritiera dopo una verifica fiscale della Guardia di finanza. Ebbene, il T.A.R. ha giudicato spettanti i contributi, perché l'interessato ne avrebbe comunque avuto diritto, anche se avesse presentato in modo corretto la dichiarazione. Così, Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2013, n. 1933, ha statuito che la dichiarazione mendace acquista rilevanza come mero fatto, indipendentemente dagli elementi soggettivi attinenti a dolo o colpa del dichiarante, precludendo al dichiarante il raggiungimento dello scopo cui era indirizzata la dichiarazione o comportando la decadenza dall'*utilitas* conseguita per effetto del mendacio. Il beneficio o i benefici rispetto al quale opera la decadenza di cui all'art. 75 sono, peraltro, dovrebbero essere solo quelli immediatamente perseguiti con la dichiarazione non veritiera e non già quelli indirettamente ricollegabili alla falsità.

⁷³⁹ Cfr. T.A.R. Milano, sez. III, 6 febbraio 2009, n. 1160. In modo analogo Consiglio di Stato, sez. V, 13 novembre 2015, n. 5192, secondo cui la disciplina dell'art. 75 d.p.r. n. 445 del 2000 è volta a sanzionare l'accertamento della non veridicità di dichiarazioni rese al fine di beneficiare di un determinato provvedimento e non certo la falsità di una dichiarazione irrilevante rispetto al conseguimento di quel beneficio.

⁷⁴⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5674; sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2257.

Il Giudice amministrativo giustifica l'impostazione così rigida in quanto, lo si ripete, considera la completezza delle dichiarazioni alla stregua di "un valore da perseguire", perché consente una decisione rapida in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla selezione, in applicazione dei principi di buon andamento e proporzionalità. La falsità, infatti, lederebbe di per sé gli interessi che la misura semplificatoria mira a tutelare⁷⁴¹. Ancora una volta, giustificerebbero questo atteggiamento rigido il principio dell'autoresponsabilità, su cui si fonda il sistema delle autocertificazioni, "che devono essere rese con diligenza e veridicità"⁷⁴². Nelle procedure comparative, quindi, questo approccio interpretativo – quando non superato in favore di un'applicazione più sostanzialista – è motivato con il rilievo che, nel momento in cui gli operatori economici entrano in contatto con l'amministrazione, si impone il rispetto della *par condicio* tra tutti coloro che aspirano all'attribuzione di risorse scarse.

La questione non è evidentemente di poco conto e lo dimostra anche il tentativo di modifica dell'art. 75⁷⁴³ avanzato durante la XVII legislatura, volto a specificare, con un intervento definito dagli stessi promotori meramente "interpretativo", che la decadenza dai benefici si determina solo nel caso in cui gli stati, i fatti o le qualità personali della dichiarazione falsa siano necessari per ottenere i benefici stessi. Nella relazione alla proposta di legge, la necessità della modifica normativa è stata giustificata con la ricordata applicazione

⁷⁴¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3765, secondo cui "una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare. (cfr. *ex multis* CGA 710/2013 Cons. St., Sez. V, n. 3397/2013)". Il Consiglio di Stato prosegue specificando che "la correttezza e veridicità delle dichiarazioni rese dagli aspiranti ai detti benefici non può che essere valutata *ex ante* a fronte del meccanismo semplificato di autodichiarazione che fonda la formazione della graduatoria *de qua*".

⁷⁴² Così, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3765 e sez. V, 1° dicembre 2014, n. 5928.

⁷⁴³ Atto Camera n. 3824, *Modifica all'articolo 75 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in materia di decadenza dai benefici in caso di dichiarazioni non veritiere*, presentata il 12 maggio 2016: "1. Al comma 1 all'articolo 75 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «ove gli stati, i fatti o le qualità personali oggetto della dichiarazione siano necessari per ottenere i benefici stessi». 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle dichiarazioni già rese alla data di entrata in vigore della presente legge". La proposta aveva fatto seguito ad un'interrogazione a risposta scritta presentata da un deputato ad alcuni membri del Governo, con cui si rappresentava la vicenda di un insegnante che, nel procedimento volto all'assegnazione di un incarico di insegnamento, non aveva menzionato una condanna subita ma non risultante dal casellario giudiziale, ritenendo che non fosse rilevante ai fini dell'attribuzione dell'incarico. L'Ufficio Scolastico aveva inizialmente irrogato la sanzione disciplinare della censura; in seguito, l'amministrazione aveva disposto la decadenza dall'incarico come conseguenza di una delibera della Corte dei conti, che aveva contestato, di fronte a «false dichiarazioni degli assunti circa i propri precedenti penali, emersi a seguito dell'acquisizione della documentazione in originale», l'irrogazione di mere sanzioni disciplinari in luogo dell'applicazione della decadenza dai benefici ottenuti tramite la dichiarazione mendace, evidenziando che è sufficiente la dichiarazione mendace contenuta in una dichiarazione sostitutiva di certificazione per determinare automaticamente la decadenza, da considerare una sanzione amministrativa (Cfr. Atto Camera 4/12200 del 23/02/2016).

estensiva operata nella pratica sia dalle amministrazioni che dalla giurisprudenza, che conduce a far venire meno anche benefici rispetto ai quali le dichiarazioni sottoscritte, poi rivelatesi mendaci, siano state irrilevanti rispetto al beneficio riconosciuto.

CONCLUSIONI

1. I diversi procedimenti “in autocertificazione” in relazione agli interessi pubblici concretamente tutelati

L'analisi svolta consente di trarre alcune riflessioni conclusive e tentare di rispondere agli interrogativi sollevati all'inizio della ricerca.

Lo scopo originario dell'intero sistema di semplificazione documentale, destinato ad alleggerire i costi ricadenti sui cittadini nella produzione all'interno del procedimento di certificati e documenti provenienti dallo stesso corpo amministrativo, sembra raggiunto, se si pensa alla riduzione generale del numero di certificati prodotti dalle amministrazioni⁷⁴⁴. A questa esigenza, tuttavia, si è affiancata nel tempo la necessità di snellire numerosi procedimenti, per lo più ad istanza di parte o comunque preordinati all'ampliamento della sfera giuridica degli operatori privati, accelerando l'adozione del provvedimento conclusivo o omettendo del tutto il momento procedimentale, attraverso l'elisione dell'istruttoria e la sostituzione degli accertamenti puntuali da parte dell'amministrazione con dichiarazioni provenienti dal privato o da un professionista di sua fiducia.

Così, alcune manifestazioni dello *ius aedificandi* sono sottoposte a regimi amministrativi nei quali alla massima semplificazione si unisce la liberalizzazione: non solo l'amministrazione ammette l'ingresso nel procedimento di autocertificazioni in sostituzione di atti di certezza e di verifiche preventive anche a contenuto tecnico, ma addirittura queste di per sé, rese anche da soggetti dotati di particolare qualificazione professionale, sono sufficienti per dare avvio all'attività edificatoria, sulla base di una legittimazione puramente *ex lege*. L'esigenza di semplificazione si è avvertita anche in tempi recenti, se si considera la previsione dei moduli standardizzati del D. lgs. 222/2016 e del divieto di chiedere informazioni e documenti ulteriori, pena gravi sanzioni al funzionario responsabile.

In questo ambito, l'intervento autoritativo si recupera nel momento del controllo, obbligatorio, ma sottoposto a limiti temporali stringenti, la cui decorrenza ne affievolisce i possibili effetti sull'attività eventualmente svolta in carenza delle condizioni di legge.

⁷⁴⁴ In particolare, il Dipartimento della Funzione Pubblica, nell'ambito del “Programma di misurazione degli oneri 2007-2012”, si è occupato della misurazione dei costi delle certificazioni ed ha stimato una rilevante riduzione del numero dei certificati prodotti nel 2012 rispetto all'anno precedente. Ad esempio, si è registrata una riduzione dei certificati anagrafici del 55% e dei certificati di stato civile del 29%. I risultati sono consultabili al sito <http://www.funzionepubblica.gov.it/i-risultati-del-programma-di-misurazione-degli-oneri-2007-2012/misurazione-dei-costi-delle>.

Anche nel settore degli appalti le dichiarazioni sul possesso dei requisiti sono strumentali alla verifica rapida e semplificata che il potenziale contraente possieda le qualità necessarie per assumere la commessa pubblica, evitando l'instaurazione da parte del soggetto pubblico di un rapporto con un operatore che possa portare danni al buon andamento dell'amministrazione. La finalità di semplificazione è stata accentuata con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, attraverso la previsione del documento di gara unico europeo. Sul punto, non può non rilevarsi che, anche se con il tempo ha iniziato a diffondersi un approccio sostanzialista in favore della più ampia partecipazione alla procedura, la completezza delle dichiarazioni rappresenta comunque un valore, che il legislatore valorizza con le premialità del rating di impresa.

Lo strumento autocertificatorio riduce, quindi, gli oneri amministrativi gravanti sugli operatori e accelera l'inizio della procedura di gara, ma non tollera il rischio che l'apporto del privato alla funzione conoscitiva possa ledere in modo irreparabile il buon andamento dell'attività amministrativa e condurre, in sostanza, alla scelta di quello che non è di fatto il miglior contraente. All'esito della gara, quindi, prima dell'aggiudicazione, si impone la verifica sull'offerente cui la stazione appaltante abbia deciso di aggiudicare l'appalto⁷⁴⁵.

In modo parzialmente differente, invece, la disciplina organica in materia di incentivi alle fonti rinnovabili, delinea un procedimento quasi interamente basato sul meccanismo autocertificatorio, prevedendo che il riconoscimento del diritto all'erogazione si basi sui dati e sugli elementi rappresentati dall'operatore economico. Il rispetto del principio di legalità e di buon andamento è garantito dall'esplicito riconoscimento in capo all'amministrazione di un potere di verifica della spettanza dei benefici previsti, la cui sussistenza è giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso. Il controllo è delineato come un accertamento sostanziale che, di fatto, completa il procedimento finalizzato al riconoscimento dei requisiti, volto a verificare se la rappresentazione che il privato ha fornito rifletta o meno i contenuti tecnici dell'atto normativo di riferimento e se le dichiarazioni siano conformi al vero. Anche in questo settore il procedimento mediante autocertificazione assume evidenti finalità di semplificazione ed accelerazione della concessione del beneficio; la verifica, qui senza termini, si impone non solo a garanzia del regolare svolgimento del rapporto incentivante, ma anche a salvaguardia di evidenti esigenze di finanza pubblica.

In sostanza, nei diversi procedimenti amministrativi esaminati si assiste alla configurazione di moduli o regimi amministrativi nei quali al privato si consente (o meglio, si

⁷⁴⁵ Anche conformemente alla previsione dell'art. 32, comma 7, D. Lgs. 50/2016: "L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti".

impone) l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive rese ai sensi del d.P.R. 445/2000, con specifica ed espressa assunzione di responsabilità, a cui si accompagnano di volta in volta ulteriori "autocertificazioni" ed attestazioni rese da soggetti particolarmente qualificati a cui l'ordinamento affida una specifica e peculiare attitudine probatoria nella rappresentazione degli elementi e dei dati rilevanti in vista dell'ottenimento dell'effetto ampliativo della sfera giuridica dell'istante. Anche a queste dichiarazioni si collega il sorgere di precise responsabilità, legate al ruolo del privato attestante all'interno del procedimento amministrativo *lato sensu* inteso.

Peraltro, nel nostro ordinamento si rinvencono numerose previsioni relative ad ipotesi di comunicazioni preventive, persino in settori sensibili come l'ambiente o l'edilizia, secondo un modello che è riuscito negli anni a mantenere i suoi spazi anche nelle fasi di maggiore rilievo del modulo basato sul provvedimento amministrativo espresso e che, nei tempi recenti, ha esteso ulteriormente il suo ambito di rilevanza⁷⁴⁶. Alle istanze di semplificazione, quindi, l'ordinamento risponde spesso accentuando l'intervento privato, facendo leva sul suo interesse alla sollecita e favorevole conclusione del procedimento⁷⁴⁷.

È possibile, quindi, iniziare a rispondere ad alcuni degli interrogativi sollevati all'inizio di questa analisi. È evidente, da quanto fin qui visto, che dello strumento *lato sensu* autocertificativo il legislatore impone o propone un uso che non sempre risponde ai caratteri ed alle finalità che ne sono propri, cioè la sostituzione di un atto amministrativo di certezza. Non esiste, quindi, una sola "autocertificazione", ma tante diverse possibili dichiarazioni, la cui portata e i cui effetti sono collegati alla finalità che l'ordinamento attribuisce loro in vista dell'ottenimento del bene della vita di volta in volta auspicato da parte del privato e, allo stesso tempo, in considerazione dell'interesse pubblico che viene in rilievo. In alcuni casi, alla mera attività informativa proveniente dal cittadino è subordinato direttamente l'avvio dell'attività, eliminando del tutto la determinazione provvedimentoale del soggetto pubblico; in altri, occorre comunque che il procedimento amministrativo si concluda con un provvedimento espresso dell'amministrazione che, pur partendo dall'apporto conoscitivo del privato, su questo insatura anche la propria istruttoria.

⁷⁴⁶ Così E. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, Lo stesso Autore riporta l'esempio delle previsioni del TULPS del 1889 in materia di libertà di culto e di avvio di attività economiche e di spettacolo, comunicazioni che costituivano eredità diretta di figure introdotte nell'epoca dello Stato liberale come amministrativizzazione non intrusiva delle libertà, in un secondo momento sostituite da previsioni più rigide con l'introduzione di figure autorizzative. Cfr. E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, cit., 251 ss.

⁷⁴⁷ Cfr. ARENA G., *Autocertificazioni e amministrazioni "per interessi"*, cit., che collega il funzionamento delle dichiarazioni sostitutive proprio all'attivarsi degli interessi dei privati che le sottoscrivono.

La constatazione circa l'esistenza di plurime forme di "autocertificazione" consente, inoltre, di evidenziare che la delega della funzione conoscitiva pubblica in favore dei privati che i procedimenti in autocertificazione determinano si attegga in maniera differente nei diversi ambiti in cui è imposto l'impiego delle dichiarazioni e attestazioni che sostituiscono parte dell'istruttoria. La ricerca della verità preordinata all'esercizio di una funzione pubblica deve necessariamente temperarsi con il principio di efficienza e, pertanto, il livello di approfondimento della conoscenza non può che essere differenziato a seconda dell'interesse concretamente tutelato o, più in generale, dallo scopo che si intende perseguire con l'acquisizione delle informazioni.

Questa diversificazione emerge nonostante in molte ipotesi la forma con cui tali dichiarazioni devono essere rese imponga il richiamo ai due modelli delineati dal testo unico; ciò che, infatti, differenzia i diversi procedimenti è il modo in cui la riduzione degli oneri di produzione documentale incombenti sul privato è in concreto bilanciata dall'intervento successivo dell'amministrazione, che in alcuni casi non può tollerare di rinunciare definitivamente all'accertamento della ricorrenza delle condizioni prescritte dalla legge prima di riconoscere all'operatore economico il bene della vita a cui questo aspirava e in altre ipotesi, invece, è autorizzata ad esercitare i suoi poteri di verifica anche a distanza di un notevole lasso di tempo da quel riconoscimento. La delega, quindi, conosce i limiti che si pongono come necessari in vista del miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico che nelle singole ipotesi viene in rilievo e delle modalità con le quali il legislatore ha inteso tutelarlo bilanciandolo con le posizioni soggettive dei privati che aspirano ad uno specifico bene della vita.

2. L'effettività della semplificazione documentale e la sua incidenza sulla libertà di iniziativa economica privata

È stato già messo in luce che la produzione di certezza giuridica è tradizionalmente una funzione pubblica, esercitata per attenuare l'incertezza nei rapporti giuridici, economici e sociali tra i consociati e limitare per quanto possibile le occasioni di conflitto che possono sorgere tra gli stessi quando manchi la sicurezza circa determinati elementi. Con gli strumenti di decertificazione questa funzione si esprime in modo peculiare: l'ambito nel quale le autocertificazioni acquistano rilievo sono, a ben vedere, i rapporti tra amministrazione e privati, più che quelli tra i soli cittadini, per i quali l'impiego di questi istituti può al massimo rilevare in modo mediato, sulla base degli eventuali effetti che un procedimento "in autocertificazione" possa produrre nella sfera giuridica di terzi.

Può, quindi, dirsi che anche il sistema di circolazione della certezza così delineato riesca ad assolvere alla medesima funzione di diminuzione della precarietà degli elementi di conoscenza e del potenziale scontro che questa normalmente genera? Non sembra, almeno se si guarda all'incidenza del contenzioso che, ad esempio, in materia di appalti pubblici origina proprio dall'impiego delle dichiarazioni sostitutive. È pure vero, comunque, che il conflitto normalmente sorge perché l'operatore economico ha violato (o sembra aver violato) la fiducia riposta nella sua dichiarazione, abusando del meccanismo di semplificazione, che non ha, quindi, funzionato correttamente. Allo stesso tempo, deve osservarsi che, se il contenzioso è instaurato, normalmente è perché la valvola di salvaguardia predisposta dall'ordinamento - il controllo - ha correttamente adempiuto alla sua funzione, in quanto l'amministrazione ha provveduto ad esercitare il potere attribuitole proprio per garantire che la circolazione di certezza con moduli semplificati non si trasformi nel pretesto per l'adozione di un provvedimento illegittimo, perché basato su elementi non rispondenti a verità.

In sostanza, se le certezze pubbliche sono gli strumenti che facilitano i rapporti tra operatori giuridici, le autocertificazioni dovrebbero facilitare i rapporti tra soggetti pubblici e privati. Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo. Il problema, infatti, si pone quando vengono impiegate con il solo fine di accelerare i procedimenti amministrativi, avendo ad oggetto elementi la cui effettiva portata può essere opinabile oppure rappresentando una realtà che non è già stata qualificata nel mondo giuridico. Può capitare, in effetti, che l'operatore economico che, ad esempio, aspiri all'aggiudicazione di un contratto o all'attribuzione di risorse pubbliche, dichiari in buona fede il possesso di un requisito previsto come necessario dal bando o dalla disciplina che regola l'erogazione; e che la verifica successiva conduca ad escludere la veridicità di quanto rappresentato o, addirittura, accerti l'impossibilità di confermare la rispondenza al vero della dichiarazione. Ancora maggiore l'esigenza di certezza si pone quando la dichiarazione non ha ad oggetto fatti notori o già accaduti, la cui sussistenza può essere verificata, ma quando di fatto si presenti come una mera assunzione di responsabilità da parte del privato in ordine alla rispondenza dell'attività intrapresa ai requisiti previsti. La situazione si verifica, ad esempio, quando la dichiarazione contiene qualificazioni erronee di fatti complessi o che richiedono un'attività giuridico-ricostruttiva articolata (ad es. la compatibilità di un progetto rispetto alle norme di attuazione di un piano urbanistico). La possibilità di dichiarare sotto la propria responsabilità, in effetti, non riguarda sempre solo dati della vita del singolo cittadino che questi sia tenuto a conoscere perfettamente, ma può avere ad oggetto elementi o condizioni la cui portata e consistenza possono non essere di agevole percezione.

Ecco che, pertanto, la grande quantità di oneri che il legislatore riversa sui privati, se da un lato accelera l'iniziale riconoscimento dell'utilità avuta di mira, contraendo nella stessa misura l'istruttoria che incombe sull'amministrazione, e, quindi, sembra avere un effetto di semplificazione, dall'altro può mettere a rischio le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, di fatto aggravando la posizione del privato e riducendosi a mera complicazione⁷⁴⁸. In effetti, in molti casi le istanze di semplificazione, snellimento e, in alcune ipotesi, liberalizzazione sono perseguite con strumenti e meccanismi che rischiano di liberare l'operatore "dai lacci e laccioli della burocrazia amministrativa"⁷⁴⁹ solo in apparenza, sottoponendolo, in realtà, ad una situazione di incertezza sulla validità del titolo conseguito o sulla stabilità della sua posizione giuridica, che di fatto impedisce o rallenta il libero svolgimento dell'iniziativa economica. Dall'altro lato, anche l'eccessiva semplificazione o contrazione dell'istruttoria rischia di frustrare lo stesso ruolo dell'amministrazione nel miglior perseguimento dell'interesse pubblico affidato alle sue cure, conducendo a basare decisioni amministrative su dati ed elementi tutt'altro che certi.

La domanda che a questo punto ci si pone è se il sistema di procedimenti basati su autocertificazioni e dichiarazioni degli operatori economici funzioni effettivamente. Si ritiene che la risposta, a valle dell'analisi condotta, non possa che dipendere da diversi fattori.

In primo luogo, l'effettività dalle autocertificazioni come istituti di semplificazione dipende dal contenuto delle dichiarazioni, cioè dalla maggiore o minore ampiezza di dati ed elementi che la legge consente o impone all'operatore di dichiarare. Questo aspetto è strettamente legato anche alla forma delle stesse, e, quindi, all'impiego di modelli di dichiarazioni il cui contenuto sia coerente con quanto necessario nell'ambito del singolo procedimento, il più dettagliato possibile e, in questo modo, tale da ridurre al minimo ipotesi di errori compilazione che possano condurre a conseguenze negative per il dichiarante che non si avveda della effettiva portata di quanto autocertificato.

⁷⁴⁸ Gli operatori sono chiamati ad introdurre nel procedimento non solo dichiarazioni sostitutive, ma anche attestazioni ed asseverazioni di tecnici abilitati, corredate da numerosi elaborati progettuali e tecnici, imponendogli di fatto un notevole sforzo economico ed organizzativo, soprattutto se si tratta di una piccola impresa. In questo senso cfr. G. MATTARELLA, *La s.c.i.a., ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, cit., 1330, che, dopo la modifica alla s.c.i.a. apportata dal d.l. 78/2010, rimarcava l'elevato numero di valutazioni complesse riversate sul privato nella s.c.i.a., comportanti sia una forte incertezza su molti aspetti – oggi, in parte almeno, superata – che una grande quantità di oneri dichiarativi. In effetti quando si è passati dalla d.i.a. alla s.c.i.a. sono stati introdotti – contemporaneamente all'avvio immediato dell'attività – pesanti oneri di attestazione incombenti sui privati, relativi a fatti e circostanze complesse che incombono ai cittadini un impiego rilevante di assistenza dei professionisti e li sottopongono a regime sanzionatorio molto severo. Cfr. E. BOSCOLO, *Il decreto-legge liberalizzazioni*, in *Urbanistica e app.*, 2012, 5, 501.

⁷⁴⁹ L'espressione è di M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, cit., 5.

In questa direzione si è mosso l'intervento di riordino e ridefinizione dei regimi amministrativi delle attività private basati su istanze, segnalazioni e comunicazioni – anche oltre l'ambito edilizio – che ha puntato, tra le altre cose, alla definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti degli atti degli interessati, prevedendo sanzioni in caso di richiesta al cittadino di dati e documenti ulteriori non contemplati dai moduli *standard* approvati o già in possesso di altra pubblica amministrazione. Nello stesso senso si è mosso il legislatore europeo con l'introduzione del documento unico di gara europeo nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, con l'intento di ridurre gli oneri amministrativi che gravano tanto sulle amministrazioni aggiudicatrici e sugli enti aggiudicatori quanto sugli operatori economici, non da ultimo le piccole e medie imprese.

La strada dell'uniformazione dei modelli di dichiarazioni da rendere e la specifica indicazione dei dati e delle informazioni ivi contenute è, quindi, fondamentale per la reale diminuzione di oneri amministrativi e per la riduzione del rischio di un impiego dell'istituto autocertificatorio che tradisca la sua origine semplificatrice.

L'effettivo funzionamento dell'istituto è condizionato, però, anche dal concreto operare del controllo sulla veridicità, dalla sua estensione, dai limiti temporali entro cui può essere espletato e dalla previsioni di conseguenze per il caso in cui lo stesso abbia esito negativo che siano proporzionate alla rilevanza degli oneri dichiarativi imposti al privato.

L'esame del diritto positivo e della sua interpretazione giurisprudenziale mostra, infatti, che se l'operatore si limita a dichiarare dati e fatti la cui oggettività non è passibile di attività dubitativa da parte dell'amministrazione, che non deve fare altro che verificare l'effettiva rispondenza del dato al vero attraverso la consultazione di una banca dati o di un archivio detenuto anche da un diverso soggetto pubblico, l'autocertificazione risulta di effettivo ausilio tanto per il soggetto pubblico quanto per l'operatore economico. In queste ipotesi, la semplificazione sembra essere correttamente bilanciata dall'esercizio delle verifiche successive e la libertà di iniziativa economica non sembra passibile di alcuna lesione pratica dovuta alla carenza di certezza sulla stabilità delle posizioni giuridiche.

Diverso è il caso, invece, in cui ciò che si richiede è l'attestazione di elementi e requisiti dotati di un elevato grado di tecnicità. In queste ipotesi, il *trade off* tra semplificazione *ex ante* e controlli *ex post* sembra raggiungere un equilibrio se l'amministrazione è vincolata a procedere al controllo entro un termine stringente, come avviene nel caso della s.c.i.a.: l'operatore sa che, pur potendo avviare subito l'attività, il rispetto dei requisiti di legge è sottoposto ad accertamento da parte del soggetto pubblico che ha ricevuto la segnalazione. Nei casi in cui, invece, il contenuto tecnico sia particolarmente articolato ed il controllo sia, di fatto, senza limiti di tempo, il meccanismo dell'autocertificazione rischia di trasformarsi da

strumento di semplificazione a origine di possibili complicazioni per l'operatore che, magari anche dopo molti anni dall'ottenimento di un beneficio, si può trovare a dover restituire quanto ricevuto in forza di accertamenti complessi, eventualmente anche legati a prescrizioni legislative e regolamentari di non precisa formulazione e di non agevole interpretazione. Per questi casi, allora, la semplificazione sembra operare come mero snellimento delle incombenze gravanti sull'amministrazione precedente, che, in luogo di disporre una verifica piena al momento della presentazione dell'istanza, rimanda ad un secondo momento il controllo su dati che con molta probabilità il privato avrebbe preferito accertare fin da subito, in modo da essere sicuro della completezza formale e sostanziale della sua domanda in relazione al quadro giuridico di riferimento.

Allo stesso tempo, il rischio che può presentarsi è che un uso troppo generoso dei moduli in autocertificazione finisca per ledere in modo irreversibile interessi pubblici la cui cura avrebbe richiesto uno scrutinio preventivo attento e completo da parte dell'amministrazione precedente. Il riferimento è, ad esempio, ai procedimenti volti al riconoscimento di sovvenzioni ed ausili economici, per i quali esigenze di tutela della finanza pubblica sembrerebbero ritenere preferibili minori livelli di semplificazione documentale e più incisivi accertamenti preventivi.

Con questo non si vuole certamente concordare con il dottor Sinagra del racconto di Camilleri citato in apertura, il quale individuava nello snellimento burocratico esclusivamente effetti dannosi sul cittadino che, privato del considerevole intervallo temporale occorrente per gli adempimenti richiesti, non avrebbe avuto più a disposizione il tempo necessario alla ponderazione attenta delle proprie scelte di vita⁷⁵⁰. Lo snellimento è certamente un risultato apprezzabile, in grado di determinare benefici tanto sul privato che sull'amministrazione. Tuttavia, come è stato giustamente notato, la semplificazione amministrativa è una cosa ben diversa dalla mera accelerazione dei procedimenti amministrativi; e questo è vero anche se in molte occasioni i due fenomeni vengono considerati come necessariamente legati o addirittura sovrapposti⁷⁵¹. Semplificare significa non solo eliminare o ridurre oneri non necessari in capo alle parti, siano queste pubbliche o private, oppure sostituire diversi singoli segmenti procedurali con un'unica procedura, ma anche far sì che le regole a cui è sottoposto il

⁷⁵⁰ Sulla decisione del collega De Giovanni di contrarre matrimonio, il dott. Sinagra rilevava: "L'ingiustamente deprecata burocrazia ti obbligava a una specie di lungo esame di coscienza, ti faceva riflettere sul pro e il contro". Cfr. A. CAMILLERI, *La rivolta dei topi d'ufficio*, cit., 6;

⁷⁵¹ In questi termini R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Riv. dir. proc. amm.* 1999, 327. Similmente M. R. SPASIANO, *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2009, 75-86; cfr. anche F.G. COCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove Autonomie* 2008, 3/4, 558.

rapporto giuridico tra privato e amministrazione siano chiare, prevedibili, coerenti e stabili⁷⁵². La semplificazione, quindi, può richiedere anche la riduzione di passaggi e documenti inutili; spesso, però, quei passaggi e quei documenti sono preposti alla cura di specifici interessi pubblici e privati e la loro diminuzione può risultare in concreto poco utile o impedirne la tutela.

Il rischio è che lo scopo dell'istituto venga tradito se l'opportunità di sostituire le certificazioni e gli accertamenti istruttori pieni con dichiarazioni sostitutive, autocertificazioni e asseverazioni si risolve, paradossalmente, in un'insidia per i cittadini che se ne avvalgono⁷⁵³. La semplificazione, invece, dovrebbe puntare anche a dare certezza all'operatore economico della spendibilità del titolo ampliativo della sua sfera giuridica ottenuto all'esito di un procedimento amministrativo o attraverso un regime amministrativo basato su obblighi comunicativi.

In alcuni casi, al paradosso può ovviarsi favorendo il più possibile l'accertamento d'ufficio di elementi oggetto di certificati attraverso l'accesso immediato a banche dati detenute da altre amministrazioni, così eventualmente evitando al privato l'obbligo di rendere dichiarazioni da cui possa sorgere una responsabilità anche penale quando invece l'amministrazione potrebbe facilmente verificare, a monte, il dato.

Se, invece, le istanze di semplificazione e velocizzazione impongono l'elisione dell'istruttoria ed il ricorso alle autocertificazioni *lato sensu* intese, occorrerebbe rafforzare le esigenze di certezza delle posizioni giuridiche intervenendo sul momento del controllo. Questa necessità si pone anche tenendo in considerazione la difficoltà che in molti casi si presenta nel ripristinare la situazione *ex ante* rispetto al riconoscimento del bene della vita in capo al privato, risultato che, a partire dalla generale previsione ex art. 75 d.P.R. 445/2000, l'ordinamento sembrerebbe avere di mira, puntando a ristabilire la legalità violata.

In questa ricerca di certezza, quindi, il fattore temporale è primariamente importante nella dialettica che si impone tra le ragioni di interesse pubblico che possono giustificare un esercizio di potestà amministrative *lato sensu* di riesame e le esigenze di certezza nei rapporti tra amministrazioni e privati. E' evidente che, se si guarda, ad esempio, ai procedimenti basati sulla s.c.i.a., la limitazione entro un determinato termine della possibilità dell'amministrazione di incidere sull'ampliamento della sfera giuridica del destinatario costituisce un elemento di non poco conto ai fini del funzionamento dei modelli procedurali in autocertificazione, garantendo la stabilità delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti e, quindi, delle scelte,

⁷⁵² In questo senso M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, cit., 100.

⁷⁵³ Il rischio del paradosso è stato paventato da Cons. Stato, sez. I, ordinanza del 29 aprile 2014, n. 2214.

anche di investimento, effettuate. In questo senso, gli interventi riformatori che sono intervenuti sulla configurazione dell'istituto hanno avuto la finalità di accentuare la certezza delle posizioni giuridiche conseguenti ad accertamenti sottoposti ad uno specifico termine decadenziale. Rimangono i dubbi interpretativi che le attuali formulazioni degli artt. 21 e 21*nonies* pongono per il caso di false dichiarazioni, ma l'obiettivo indubabilmente perseguito è la sempre maggiore chiarezza sui possibili spazi nei quali possono muoversi tanto l'autonomia privata quanto l'intervento repressivo pubblico⁷⁵⁴.

Le procedure disciplinate dal D. Lgs. 50/2016 non pongono un problema di certezza delle posizioni giuridiche degli operatori, posto che, come già evidenziato, quantomeno prima della chiusura del procedimento di aggiudicazione, la verifica sui requisiti dell'operatore economico primo classificato è imposta alla stazione appaltante e opera come condizione di efficacia dell'aggiudicazione. D'altro canto, un controllo non tempestivo sull'operatore economico aggiudicatario rischierebbe di frustrare lo scopo generale della stessa procedura di valutazione comparativa, che finirebbe con l'essere basata su elementi non effettivamente esistenti e nell'imporre, a contratto già stipulato e ad esecuzione già avviata, la valutazione circa l'opportunità di affidamento ad un diverso concorrente effettivamente in possesso dei requisiti.

Le maggiori incertezze, invece, si riscontrano nei procedimenti volti all'erogazione di risorse pubbliche e il caso degli incentivi alle fonti rinnovabili è paradigmatico; l'ordinamento configura una disciplina organica e particolarmente articolata dei controlli, dettandone modalità di svolgimento e conseguenze, ma non fissa alcun termine finale, essendo questo legato alla durata della convenzione che regola il rapporto incentivante. In effetti, consentire che una dichiarazione resa durante il procedimento di ammissione sia sottoposta al controllo sulla veridicità del relativo contenuto anche dopo un lasso di tempo molto lungo (teoricamente dieci, ma anche venti anni o più) sembra non rispondere alle esigenze di certezza che lo svolgimento dell'attività economica richiederebbe e che si sta imponendo come valore da perseguire; ciò soprattutto, lo si ripete, se si considera che la dichiarazione potrebbe alla fine non risultare veritiera perché avente ad oggetto elementi tecnici, di cui l'operatore potrebbe non avvertire la reale portata ed estensione ai fini dell'integrazione di uno specifico requisito.

⁷⁵⁴ In questo senso, anche il Consiglio di Stato ha ritenuto che il limite dei diciotto mesi introdotto all'art. 21*nonies* sia funzionale “[...] ad una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza”, in virtù dei quali “[...] il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati”, accordando una tutela più incisiva all'interesse del destinatario di atti ampliativi alla stabilità e alla certezza delle situazioni giuridiche da questi originati. Così si è espresso nel parere n. 839/2016.

D'altro canto, in questo ambito si impongono anche esigenze di tutela della finanza pubblica che dovrebbero probabilmente suggerire un uso meno disinvolto delle autocertificazioni.

La mancanza di termine, in realtà, è la medesima che si riscontra in generale per i controlli sulle dichiarazioni sostitutive secondo il relativo testo unico, posto che i capi V e VI sui controlli e sulle responsabilità non contengono alcun riferimento all'elemento temporale.

Probabilmente nei rapporti di durata sarebbe allora opportuno operare una distinzione tra il necessario accertamento della veridicità della rappresentazione fornita del privato, verificando lo stato dei fatti ed il possesso dei requisiti *ex ante*, da un lato, e il controllo circa la permanenza dei medesimi durante la relazione che si instaura tra l'amministrazione e l'operatore, dall'altro⁷⁵⁵.

Nell'ottica del bilanciamento tra interesse privato alla certezza della propria situazione giuridica e interesse pubblico al rispetto dei principi di legalità e buon andamento, ci si domanda anche se la misura decadenziale prevista per il caso di false dichiarazioni non sia eccessivamente rigida⁷⁵⁶. Sarebbe quindi probabilmente opportuno imporre, anche nei settori nei quali non è previsto, un limite temporale per l'effettuazione di controlli volti a verificare la reale consistenza della situazione fattuale e giuridica rappresentata dal privato, al fine di procedere ad un'eventuale decadenza dai benefici effettivamente accordati e dai vantaggi realmente conseguiti. Si tratterebbe di un limite analogo a quello che opera per l'annullamento d'ufficio, pur senza subordinare l'esercizio di questo potere anche alle altre condizioni che l'ordinamento conosce per l'istituto *ex art. 21nonies*. Naturalmente la necessità di procedere ad un controllo entro uno specifico termine si impone *ex se* nei casi in cui il provvedimento

⁷⁵⁵ Ad esempio, nel caso degli incentivi concessi ai sensi del D. Lgs. 28/2011, alla iniziale verifica solo documentale ed estrinseca dovrebbe seguire sempre entro un termine breve fissato a pena di decadenza l'accertamento sostanziale sulla veridicità delle dichiarazioni, obbligando l'amministrazione a porre in essere un accertamento costitutivo delle condizioni solo autocertificate. In questo caso, appare ragionevole la previsione, in caso di esito negativo, non solo della mera decadenza, con obbligo restitutorio delle somme ricevute indebitamente, ma anche della possibilità di irrogare le misure sanzionatorie che la delega legislativa che ha condotto all'adozione del D. Lgs. 28/2011 aveva previsto in forma pecuniaria, sulla base dei principi di proporzionalità e adeguatezza, ai quali il legislatore delegante voleva conformata la risposta alle infrazioni delle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore. Nel corso del rapporto incentivante e per tutta la durata dello stesso, invece, i controlli dovrebbero essere preordinati alla verifica circa la permanenza delle condizioni in origine già accertate, onde evitare che l'erogazione dell'incentivo continui ad essere effettuata pur nella mancanza sopravvenuta dei requisiti che il legislatore aveva stabilito di valorizzare, in quanto maggiormente rispondenti alle finalità pubblicistiche avute di mira.

⁷⁵⁶ Sulla rigidità delle conseguenze previste dal d.P.R. 445/2000 cfr. L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, cit., 185, che la riconduce al un procedimento di riesame i cui effetti sono assimilabili all'annullamento e ne evidenzia l'inadeguatezza rispetto all'impianto normativo attuale, sostenendo che la misura, così delineata, difficilmente viene percepita come giusta dal cittadino. I dubbi sulla proporzionalità e la ragionevolezza della misura sono stati espressi anche dalla recente ordinanza del TAR Puglia, Lecce, sez. terza, 24 ottobre 2018, n. 1544, che ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione della legittimità della previsione per violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e uguaglianza sostanziale.

amministrativo conseguito sulla base dell'autocertificazione non abbia effetti durevoli: in queste ipotesi, disporre la decadenza dai benefici conseguiti troverebbe un ostacolo di ordine logico dato dal fatto compiuto⁷⁵⁷, dal momento che gli effetti irreversibili già prodotti non potrebbero essere eliminati e, pertanto, non produrrebbe alcun risultato pratico nel caso in cui non sarebbe comunque possibile ripristinare la condizione antecedente a causa dell'esaurimento della situazione giuridica oggetto del provvedimento.

Con la previsione di un termine l'istituto autocertificatorio, utile per la semplificazione del procedimento amministrativo, non esporrebbe le posizioni giuridiche del privato ad una possibile ridefinizione da parte del soggetto pubblico senza limiti di tempo, ma allo stesso tempo non si presterebbe ad un utilizzo "abusivo" da parte dei consociati non in buona fede. L'assenza di alcun legittimo affidamento da tutelare in chi avesse dichiarato il falso si porrebbe come condizione giustificatrice della mancata esplicitazione delle ragioni di pubblico interesse da ponderare con gli interessi dei destinatari e dei controinteressati, nel caso in cui l'amministrazione si rideterminasse dopo aver riscontrato il mendacio.

Per evitare la conseguenza estrema che allora si potrebbe presentare nel caso in cui l'amministrazione non avesse provveduto nel termine ad effettuare il controllo dovuto ovvero nell'ipotesi in cui il falso non fosse emerso durante la verifica pur svolta, ma solo successivamente, potrebbe ipotizzarsi un intervento decadenziale che guardi, oltre che al tempo trascorso dal conseguimento del beneficio, anche all'eventuale uso fatto dal privato del provvedimento amministrativo conseguito, graduandone le conseguenze su un rapporto amministrativo ad efficacia durevole e disponendo la decadenza con effetti *ex nunc*.

In conclusione, se semplificare vuol dire, tra le altre cose, anche dare certezza in ordine alle situazioni giuridiche private, sia in vista di esigenze di sicurezza nelle relazioni sociali sia di tutela dell'affidamento del singolo, è allora evidente che le politiche che introducono misure di semplificazione amministrativa hanno sempre alla loro base specifiche scelte di valore e presuppongono un vaglio degli interessi rilevanti tra i molteplici che vengono in rilievo, spesso in antitesi tra di loro, approntando idonei strumenti per la loro tutela.⁷⁵⁸ In questo senso, al principio di legalità ed all'esigenza di garantirne il rispetto si contrappone o, quantomeno, si affianca la necessità di certezza e stabilità delle posizioni giuridiche ottenute nel rapporto con la pubblica amministrazione, soprattutto se queste si inseriscono all'interno di una relazione di durata⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ Secondo il brocardo *factum infectum fieri nequit*.

⁷⁵⁸ Cfr. in questi termini A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.it*, 2016,5, 6.

⁷⁵⁹ Ciò tanto più se si tiene conto che il campo del diritto amministrativo è fortemente caratterizzato da relazioni di durata, per il cui contenuto e sviluppo è necessario guardare anche all'orizzonte temporale

L'esigenza che emerge è quella di eliminare non solo la diffidenza dell'amministrazione e dei suoi funzionari verso la "buona fede" dei consociati nel rendere dichiarazioni sotto la propria responsabilità, ma anche quella degli stessi privati nei confronti dell'amministrazione, in conseguenza dell'effetto di precarietà che viene sovente percepito nei rapporti con le amministrazioni. Solo riducendolo al minimo, i privati sarebbero maggiormente disposti ad entrare in relazione con l'amministrazione, operando investimenti in attività economiche in grado di determinare un guadagno anche per il benessere collettivo⁷⁶⁰ e la semplificazione documentale sarebbe effettivamente in grado di incidere positivamente sul libero esercizio delle attività economiche private.

e alla complessità del reale. In questo senso cfr. M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, cit., 103.

⁷⁶⁰ Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 170, che evidenzia come l'effetto di precarietà a cui è sottoposto il provvedimento amministrativo – rispetto al contratto tra due privati – determina un'incertezza che può causare un pregiudizio anche per l'interesse pubblico, scoraggiando gli operatori privati ad entrare in relazione con l'amministrazione.

BIBLIOGRAFIA

- ALLA L., *La Direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno*, sul sito www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2010.
- ALLEGRETTI U. (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, 207 ss.
- AMANTE E., *Le categorie di intervento, titoli abilitativi e procedimenti edilizi dopo la riforma Madia*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 6, 792.
- ANGELETTI S., GRELLA I., *La contabilità degli oneri amministrativi nelle pubbliche amministrazioni. Un bilancio*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 1, 21 ss.
- ANNESI M., voce *Finanziamento (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 627 ss.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte Speciale – II*, Milano, Giuffrè, 2016.
- ARENA G., *Autocertificazioni e amministrazioni “per interess”*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, Giuffrè, 1988.
- ARENA G., *Il segreto amministrativo. Profili teorici*, Padova, Cedam, 1984.
- AZZARITI G., *Trasformazioni dell’amministrazione e procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992.
- BARTOLINI A., *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2012, 1-2, 103-116.
- BATTINI S., *La semplificazione amministrativa*, in G. VESPERINI (a cura di), *I governi del maggioritario*, Roma, Donzelli, 1998.
- BATTINI S., MATTARELLA B. G., SANDULLI A., *Il procedimento*, in NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007.
- BATTINI S., *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1, 53 ss.
- BENEDETTI A., *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, Milano, 2010.
- BENEDETTI A., *Certificazioni “private” e pubblica fiducia*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, Egea, 2006.

- BENEDETTI M., *La decertificazione: come cambia il rapporto tra cittadino e amministrazione*, in *Il procedimento amministrativo tra de-certificazione e semplificazione. Le ultime novità in materia di: termini, de-certificazione, conferenza dei servizi, scia*, FormezPA, 2014.
- BERNARDINI M., *Dalla concessione alla denuncia di inizio attività*, Padova, Cedam, 1998.
- BERTI G., MARZONA N., voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir., Agg., III*, Milano, Giuffrè, 1999, 457 ss.
- BOMBARDELLI M., *Autocertificazione e partecipazione a gara pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 2, 141.
- BOMBARDELLI M., voce *Autocertificazione* in *Enc. giur*, V, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1996 e *Postilla*, Roma, 1999, *ad vocem*.
- BOMBARDELLI M., *Gli errori formali nelle dichiarazioni sostitutive*, *Giornale dir. amm.*, 2007, 1, 31.
- BOMBARDELLI M., *La semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in AA. VV., *La documentazione amministrativa*, Rimini, Santarcangelo di Romagna, 2001.
- BONETTI T., CALDIROLA D., *La disciplina dell'attività edilizia*, in CABIDDU M. A. (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014.
- BONETTI T., *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1, 178 ss.
- BOSCOLO E. *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 6, 601 ss.
- BOSCOLO E., *Commento all'art. 6*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Testo Unico dell'Edilizia*, Milano, Giuffrè, 2015.
- BOSCOLO E., *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, Cedam, 2001.
- BOSCOLO E., *Il decreto-legge liberalizzazioni*, in *Urbanistica e app.*, 2012, 5, 501.
- BOSCOLO E., *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e a silenzio assenso*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.
- BOSCOLO E., *SCIA e poteri in autotutela*, in *Urbanistica e app.*, 2012, 10, 1007.

- CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 1, 164 ss.
- CAMILLERI A., *La rivolta dei topi d'ufficio*, Edizione Este, 1999.
- CANCRINI A., PISELLI P., CAPUZZA V., *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Roma, IGOP, 2010, 153.
- CAPONIGRO R., *Il potere amministrativo di autotutela*, in *federalismi.it*, 2017, 23.
- CAPUZZA V., *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in CANCRINI A., FRANCHINI C., VINTI S. (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, Utet, 2014.
- CAPUZZA V., *L'art. 38 del Codice degli appalti: la natura del divieto di stipulare*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 3, 952 ss.
- CARAVITA DI TORITTO B., *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico finanziaria*, in NAPOLITANO G., ZOPPINI A. (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia* 2013.
- CARDARELLI F., *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in AA.VV., *Il Codice dei Contratti Pubblici – Commento al d. lvo 12 aprile 2006, n. 163*, Giappichelli, Milano, 2007.
- CAREDDA V., *Il ruolo dell'autoresponsabilità nell'ordinamento giuridico*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 12, 968 ss.
- CARLONI E. *Le verità amministrative: l'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2012.
- CARRATTA A., MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, II.
- CARULLO G., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2016, 527.
- CASSETTA E., *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, UTET, Torino, 1997.
- CASSESE S. (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- CERBO P., *Il soccorso istruttorio fra "mere" irregolarità, irregolarità sanabili ed errori irrimediabili*, in *Urbanistica e app.*, 2014, 12, 1293.
- CERBO P., *La decadenza dalla concessione di servizi: un atto sostanzialmente amministrativo?*, in *Urbanistica e app.*, 2014, 5, 574.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, 411.

- CERULLI IRELLI V., *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. Amm.*, 1993, 73 ss.
- CHELI E., *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 260 ss.
- CHIRULLI P., *Il giudice amministrativo censura l'uso disinvolto da parte del GSE del potere sanzionatorio previsto dall'art. 43 D.lgs. 28 del 2011 per gli impianti fotovoltaici*, in *federalismi.it*, 2013, 7.
- CHITI M. P., *Atti di consenso*, in *Dir. Amm.*, 1996, 186.
- CIOFFI A., *La predeterminazione dei criteri nelle concessioni di vantaggi economici*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 430.
- CIRILLO G. P., *Requisiti generali di qualificazione: garanzie per l'amministrazione o occasione di contenzioso?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Modalità e contenuti della comunicazione di avvio del procedimento*, in PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, 201.
- COCCO G., *Il falso bene giuridico della fede pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1, 68.
- COCCONI M., *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento*, in *Munus* 2014, 31.
- CORSO G., *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 631;
- CORSO G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- CORSO G., TERESI F., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi. Commento alla legge 241/90*, Rimini, Maggioli, 1991.
- CROCI E., PERICU G., voce *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, 243 ss.
- D'ALTERIO E., *I controlli sull'utilizzo delle risorse pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2015.
- D'AURIA G., *Controlli amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006.

- D'AURIA G., *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale* II ed., vol. II, Milano, Giuffrè, 2003.
- DAPAS A., VIOLA L., *Ancora su s.c.i.a. e tutela del terzo*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 4, 528 ss.
- DE BELLIS M., *I regimi amministrativi delle attività private (art. 5)*, in MATTARELLA B. G., D'ALTERIO E. (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla Legge n. 124/2015 (Madaia) e ai decreti attuativi*, Ed. IISole24Ore, 2017.
- DE BELLIS M., *Le ispezioni nei procedimenti europei e la tutela del privato: problemi e prospettive*, in DELLA CANANEA G. e CONTICELLI M. (a cura di), *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea: principi generali e discipline settoriali*, Torino, Giappichelli, 2018.
- DE BENEDETTO M., voce *Controlli [dir. amm.]*, in Treccani, *Diritto on line*, 2017.
- DE BENEDETTO M., voce *Controlli II) Controlli amministrativi*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2006.
- DE BENEDETTO M., *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008.
- DE MARSICO A., voce *Falsità in atti*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967.
- DE NICTOLIS R., *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D.lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli, 2017.
- DE NICTOLIS R., *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *federalismi.it*, 2014, 15.
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.
- DE' MARSILI I., *Consilia*, 1623, cons. 120, n. 24.
- DEODATO C., *L'annullamento d'ufficio*, in M.A SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.
- DETTORI S., *Riflessioni a margine del principio di affidamento nel soccorso istruttorio. Saggio di metagiurisprudenza*, in *GiustAmm.*, 2018, 4, 18 ss.
- DI LASCIO F., *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.
- DI LASCIO F., NATALINI A., STOLFI F., *The implementation of administrative burden reduction policy: Mechanisms and contexts in the study of Europeanization*, in *Comparative European Politics*, 2017, 15, 2.

- DI LORENZO M., *L'annullamento in via amministrativa del provvedimento illegittimo in confronto con l'annullamento e la revoca*, in *Foro amm.*, 1973, I 143.
- DI NITTO T., *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 4, 436.
- DONATO L., *Le autocertificazioni tra verità e certezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.
- DURET P., *Sussidiarietà e autoamministrazione*, Padova, Cedam, 2004.
- FALCON G., *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19 – 21 settembre 1996, Milano, 1997.
- FALCON G., *La regolazione delle attività private e l'art. 19 l. 241/90*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 420.
- FALZEA A., voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1858, 205 ss.
- FERRARA L., *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 771.
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996, 206.
- FERRARA R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193 ss.
- FERRARA R., *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Riv. dir. proc. amm.* 1999, 327.
- FERRI G. B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, Maggioli, 1995.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale – parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2012.
- FIORITTO A., *Certezza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 851.
- FIORITTO A., *La funzione di certezza pubblica*, Padova, Cedam, 2003.
- FOA' S., *Le novità del D.L. 90/2014 in materia di appalti. Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2014, 11, 1150.
- FONDERICO G., *Il Manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 8, 921 ss.
- FORTI U., *I controlli dell'amministrazione comunale*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1915, 607.

- FRANCESCO F., *L'attuazione delle norme sullo sportello unico per le attività produttive*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 10, 1015.
- FRANCHI SCARSELLI G., *Il regime dei controlli sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive nel testo unico sulla documentazione amministrativa*, in *Nuova rassegna*, 2004, 3, 293.
- FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.
- GALASSO A., voce *Finanziamenti pubblici*, in *Noviss. Dig. it., App.*, III, Torino, Utet, 1982, 766 ss.
- GARDINI G., voce *Autocertificazione*, in *Dig. disc. pubbl., agg.*, Torino, Utet, 2005, 116.
- GIACHETTIS., voce *Certificazione. I. Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988, 1.
- GIANNINI M. S., *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss.
- GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- GIANNINI M. S., *Il finanziamento alle imprese con le risorse della collettività*, in *Giur. comm.*, 1977, 1, 5 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. II.
- GIANNINI M.S., voce *Certezza Pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960.
- GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale, parte generale*, Milano, Giuffrè, 2008.
- GIULIETTI W., *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, Giappichelli, 2008.
- GIULIETTI W., PAOLANTONIO N., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.
- GNES M., *La decertificazione. Dalle certificazioni amministrative alle dichiarazioni sostitutive. Ambito di applicazione, disciplina e modalità operative*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014.
- GRANDE E., voce *Falsità in atti*, in *Dig. disc. Pen.*, vol. V, Torino, Utet Giuridica, 1991, 52.
- GRECO R., *Art. 38 – Requisiti di ordine generale*, in DELISE P. e GAROFOLI R. (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2009.
- GRECO R., *I requisiti di ordine generale*, in SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, II, Milano, 2008.

- GUALDANI A., *L'annullamento d'ufficio in edilizia tra obbligo di motivazione e affidamento*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2017, 3, 485-503.
- GUALDANI A., *La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *federalismi.it*, 2018, 2.
- GUARINO G., *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1962.
- GUERRA M. P., *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996.
- GUERRA M. P., *Il coordinamento dell'informazione nel sistema politico-amministrativo*, in CAMELLI M., GUERRA M. P. (a cura di), *Informazione e funzione amministrativa*, Bologna, 1997.
- IEVA L., *Le "falsità" amministrative irrilevanti nelle procedure di gara*, in *Urbanistica e app.*, 2010, 11, 1325 ss.
- IMMORDINO M., CAVALLARO M. C., GULLO N., *Il responsabile del procedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, II.
- IMMORDINO M., *La difficile attuazione degli istituti di semplificazione documentale. Il caso dell'autocertificazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 3-4, 604 ss.
- LARICCIA S., *La disposizione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 sui provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, III.
- LAZZARA P., *Atti di notorietà*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016.
- LAZZARA P., *Autocertificazione*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003.
- LAZZARA P., *Autocertificazione*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016.
- LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva «servizi» (2006/123/ce)*, Napoli, Jovene, 2008.
- LAZZARA P., *Il principio di semplificazione del procedimento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.
- LAZZARA P., *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016,

- LAZZARA P., *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoresponsabilità privata*, Roma, Philos, 2005.
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, 142.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967.
- LIGUORI F., *L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*, in LIGUORI F, ACOCELLA C. (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.
- LIGUORI F., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss.
- LIGUORI F., *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in *Dir. lav. mer.*, 2011, 445 ss.
- LIPARI M., *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 2015, 20, 16.
- LO BIANCO G.C., *Autocertificazione e organizzazione amministrativa: le facilitazioni per i cittadini e per le imprese, le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà, le copie conformi, le legalizzazioni di firme, il regime dell'imposta di bollo su atti e documenti: guida all'applicazione delle leggi 15/68; 127/97; 191/98 e del D.P.R. 403/98*, III Ed, Milano, Giuffrè, 1999.
- LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 8-9, 2089.
- MACCHIA M., *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 5, 634 ss.
- MANFREDI G., *Moralità professionale nelle procedure di affidamento e certezza del diritto*, in *Urbanistica e app.*, 2010, 14, 5, 508 ss.
- MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995.
- MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2000.
- MANZELLA G. P., *La razionalizzazione degli ausili finanziari alle imprese*, in *Giornale dir. amm.*, 1998, 9, 853 ss.
- MANZI A., CARUSO P., *Il nuovo soccorso istruttorio*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 8-9, 907.

- MARINO M., *Cenno su alcuni profili giuridici della semplificazione amministrativa con particolare riferimento all'ordinamento locale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001.
- MASTRAGOSTINO F., *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 6, 752.
- MATTARELLA B. G., *Il provvedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Corso di diritto amministrativo, I. Istituzioni di diritto amministrativo*, V, Milano, Giuffrè, 2015.
- MATTARELLA B. G., *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 12, 1328 ss.
- MAZZAMUTO M., *Dichiarazioni sostitutive: le innovazioni delle leggi Bassanini*, in *Nuove Autonomie*, 1999, 45-61.
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.
- MENGOLI G. C., *Manuale di Diritto Urbanistico*, VI ed., Giuffrè, Milano, 2009.
- MOLITERNI A., *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, 191.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLIL., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005.
- MORBIDELLI G., *Modelli di semplificazione amministrativa nell'urbanistica, nell'edilizia, nei lavori pubblici, (ovvero della strada verso una sostenibile leggerezza delle semplificazioni)* in *Riv. giur. urbanistica*, 1998, 292.
- MORELLO A., *Notorietà (atti di)*, voce in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, Utet, 1965, 412.
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, seconda edizione, Bologna, Il Mulino, 2017.
- NATALINI A., *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- NIGRO M., *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979.
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione. (A proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 13 ss.

OCCHIENA M., *Istanze, autocertificazione, acquisizione d'ufficio, cause di esclusione, regolarizzazione nei concorsi a pubblico impiego e nelle gare d'appalto prima e dopo la riforma Bassanini*, in Foro it., 1999, III, 269, 272.

OCCHIENA M., *L'autocertificazione*, in M.A. SANDULLI, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, II ed.

OCCHIENA M., *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006.

OLIVERI L., *I controlli sulle dichiarazioni sostitutive ai sensi del Testo unico sulla documentazione amministrativa*, in Giust.it., 2001, 2.

PROVENZANO P., *La teoria del "falso innocuo" in materia di dichiarazioni ex art. 38 D.lgs. n. 136/2006 al vaglio della Corte di Giustizia*, in Riv. It. Dir. Pubb. Com., 2013, 1, 245.

PAJNO A., *Gli articoli 19 e 20 della legge prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 573. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in Dir. proc. amm., I, 1994, 22.

PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it.

PAOLANTONIO N., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, II ed.

PAOLANTONIO N., *Presentazioni di istanze, segnalazioni o comunicazioni*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.

PARISIO V., *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996.

PASTORI G., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, II.

PELLIZZARI S., *Codice commentato di Edilizia e Urbanistica*, in BATTINI S., CASINI L., VESPERINI G., VITALE C. (a cura di), Torino, Utet Giuridica, 2013.

PEREZ R., *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, 623 ss.

PERFETTI L.R., *La denuncia di inizio attività in alternativa alle concessioni e all'autorizzazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 5, 479 ss.

- PIANTA S., *Le fonti energetiche rinnovabili: profili giuridici*, in E. PICOZZA, S. M. SAMBRI, *Trattato di diritto dell'economia*, Vol. X, *Il diritto dell'energia*, Padova, Cedam, 2015.
- PINELLI C., *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 368-369.
- POLICE A., *Contributo allo studio delle Dichiarazioni di inizio attività e della loro natura giuridica*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 20.
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1998,
- PREDIERI A., *Premessa ad uno studio sullo Stato come produttore di informazioni*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, II.
- PROIETTI R., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005.
- PUGLIATTI S., *Conoscenza e diritto*, Giuffrè, Milano, 1961.
- PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959.
- PUGLIATTI S., voce *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961.
- PULITANO' D., *Art. 21*, in V. ITALIA, M. BASSANI (a cura di), *Procedimento e diritto di accesso agli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1995, II ed.
- RAMAJOLI M., *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016, 1, 1, 99-124.
- RICHTER P. S., *Diritto Urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2012.
- ROMANO A., *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, 512.
- ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in A.A. VV., *Diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2005.
- ROMANO M. C., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016.
- ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1906.
- ROMANO TASSONE A., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. Amm.*, 2012, 561 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 867 ss.

- ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010.
- SALVIA F., *Manuale di diritto urbanistico*, II ed., Cedam, Padova, 2012.
- SANDULLI A. M., *Abilitazioni, autorizzazioni e licenze*, in *Rassegna di diritto pubblico*, I, 1958.
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, t.2.
- SANDULLI A., *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giornale dir. amm.*, 1997, 994 ss.
- SANDULLI M. A., *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto*, in *Giust. amm.*, 2005, 3, 549 ss.
- SANDULLI M. A., *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 465 ss.
- SANDULLI M. A., *Decadenza. II*, *Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989.
- SANDULLI M. A., *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche. Le novità in tema di SCIA, Silenzio assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, 17.
- SANDULLI M. A., *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 6, 301 ss,
- SANDULLI M. A., *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, SANDULLI M. A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015.
- SANDULLI M. A., *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2015, 14.
- SANDULLI M. A., voce *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991.
- SANDULLI M. A., *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in IMMORDINO M. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, Giappichelli, 2004.

- SANDULLI M.A., *Postilla all'editoriale 'Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in federalismi.it, 2015, 20;
- SANTANIELLO G., voce *Decadenza c) Diritto Amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 801.
- SARPI F., *La crociata contro gli oneri amministrativi. Attori, processi, tecniche e risultati della misurazione degli oneri amministrativi in alcuni paesi europei: un'analisi comparata*, in NATALINI A., TIBERI G. (a cura di), *La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- SATTA F., *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 1-2, 177 ss.
- SAVONA U., MEZZANOTTE L., *La corruzione in Europa*, Roma, Carocci, 1998.
- SCOCA F. G., *Accordi e semplificazione*, in *Nuove Autonomie* 2008, 3/4, 558.
- SCOTTI E., *La segnalazione di inizio attività*, in ROMANO A. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016.
- SEPE O., voce *Controlli. I. Profili generali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1993.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2018.
- SORACE D., *Il governo dell'economia*, in AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. L'azione dei pubblici poteri*, III, V ed., Bologna, Il Mulino, 1997.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959.
- SPASIANO M. R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.
- SPASIANO M. R., *Riflessioni sparse in tema di semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2009, 75-86.
- STICCHI DAMIANI S., *I requisiti di ordine generale*, in FRANCHINI C. (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet Giuridica, Torino, 2010.
- STOPPANI A., voce *Certificazione*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, 795.
- TARANTINO L., *Gli oneri dichiarativi nella materia dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 6, 862.
- TARANTINO L., *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e app.*, 2017, 1, 127.

- TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, I, 48.
- TENORE V., *L'ispezione amministrativa e il suo procedimento*, Milano, Giuffrè, 1999.
- TONETTI A., *Ausili finanziari*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 550.
- TONETTI A., *Il sistema di internazionalizzazione delle imprese: un'ipotesi di riforma*, in *Le Regioni*, 2005, 3, 349.
- TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001.
- TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it
- TORCHIA L., *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2.
- TORCHIA L., *Lo sportello unico delle attività produttive*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 2, 105.
- TORCHIA L., *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, 385 ss.
- TRAVI A., *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 48, 3, 645.
- TRAVI A., *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.it*, 2016, 5, 6.
- TRAVI A., *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 15 ss.
- TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica Amministrazione*, Padova, Cedam, 1983.
- TRAVI A., *Semplificazione e tutela del cittadino*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1998, 108.
- TRAVI A., *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1.992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 2-3, 2, 601 ss.
- TRAVI A., voce *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, Giuffrè, 2008, 343 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2014.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2014.

- TROPEA G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 153.
- TUCCILLO S., *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 1-2, 141 ss.
- URBANI P., CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, V ed., Torino, Giappichelli, 2013.
- URSI R., *Commento agli artt. 27 e 28*, in SANDULLI M. A. (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, Giuffrè, 2015.
- USAI S., *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti – il commento*, in *Urbanistica e app.*, 2016, 10, 1134.
- VALENTINI S., *L'attività di incentivazione: tipologie e funzioni*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, in FERRARI C. (a cura di), *Atti del Convegno nazionale di studi organizzato dall'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di economia e commercio dell'Università degli studi di Torino, 13-15 giugno 1985*, Milano, Giuffrè, 1987.
- VALENTINI S., *Le ispezioni amministrative. Funzioni e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1999.
- VANZ G., *Controlli amministrativi (dir. trib.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006.
- VESPERINI G., *Il silenzio-assenso e la denuncia sostitutiva di autorizzazione dopo la legge 241 del 1990: un bilancio*, in *Dir. e soc.*, 1997, 105.
- VESPERINI G., *Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 2, 153.
- VIPIANA P. M., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990.
- VIRGA G., *Il divieto di "caccia all'errore" nelle gare previsto dall'art. 46, c. Ibis, del codice degli appalti*, in *www.lexitalia.it*, 2011, 9.
- VIRGA G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Palermo, 1956.