



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6693 del 2022, proposto dal Comune di Senise, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Donatello Genovese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Teresa De Fina, in proprio e quale legale rappresentante dell'Associazione Sacro Cuore, rappresentata e difesa dall'avvocato Rocco Mariano Romaniello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata n. 303 del 20 aprile 2022

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della sig.ra Teresa De Fina in proprio e come legale rappresentante dell'Associazione Sacro Cuore;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2024 il consigliere Ofelia Fratamico;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito:

- dal provvedimento del Comune di Senise prot. n. 6321 del 26 ottobre 2020 di rigetto dell'istanza presentata dall'Associazione Sacro Cuore, volta ad ottenere l'attribuzione di codice ID alla pratica di agibilità del 27 aprile 2015, relativa all'immobile posto all'interno del complesso denominato "il Castello" sito sul territorio comunale, in largo Donnaperna;

- da tutti gli atti antecedenti, conseguenti o comunque connessi del procedimento.

2. Tali atti sono stati impugnati dinanzi al T.a.r. per la Basilicata dalla sig.ra Teresa De Fina, in proprio e quale legale rappresentante dell'Associazione Sacro Cuore, sulla base dei seguenti motivi:

a) violazione art. 97 Cost., art. 6-*bis* l.n. 241/1990, artt. 77 e 78 d.lgs. n. 267/2000, art. 54 d.lgs. n. 165/2001 e artt. 3 e 7 d.P.R. n. 62/2013, nonché del Codice di comportamento del Comune di Senise, adottato con delibera commissariale n. 1 del 2 aprile 2019, dell'All. n. 1 Codice disciplinare e dell'art. 57 CCNL comparto funzioni enti locali ivi richiamato, violazione delibere A.N.A.C. n. 215/2019 e 345 del 22 aprile 2020;

b) violazione del r.d. n. 1395/1923 e r.d. n. 2537/1925 sull'ordinamento professionale degli architetti, carenza di potere, incompetenza;

c) violazione degli artt. 50, 107 e 109 d.lgs. n. 267/2000;

d) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 24 d.P.R. n. 380/2001 e del d.lgs. n. 222/2016 con particolare riferimento all'allegato A, voce n. 91 dello stesso, eccesso di potere per difetto dei presupposti di fatto e di diritto, violazione art. 3 l.n.

241/1990, eccesso di potere per difetto di motivazione, violazione del canone di ragionevolezza e di proporzionalità;

e) violazione dei principi generali in materia di autotutela amministrativa, degli artt. 19, 20, 21-*nonies* l.n. 241/1990, violazione del giusto procedimento di legge, eccesso di potere.

3. Con la sentenza n. 303 del 20 aprile 2022 il T.a.r. per la Basilicata ha accolto il ricorso, condannando l'Amministrazione comunale alla rifusione delle spese di lite.

4. Il Comune di Senise ha chiesto al Consiglio di Stato di riformare la suddetta pronuncia, affidando il proprio appello a un unico articolato motivo così rubricato: *errores in iudicando*, violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 6-*bis* l. 7 agosto 1990 n. 241, degli artt. 77 e 78 d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, dell'art. 54 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, artt. 3 e 7 d.P.R. 16 marzo 2013 n. 62, del Codice di comportamento del Comune di Senise adottato con delibera commissariale n. 1 del 2 aprile 2019, dell'all. n. 1 Codice disciplinare e dell'art. 57 CCNL comparto funzioni enti locali ivi richiamato e delle delibere A.N.A.C. n. 215/2019 e 345 del 22 aprile 2020.

5. Si è costituita in giudizio l'appellata, eccependo l'inammissibilità e, in ogni caso, l'infondatezza nel merito dell'appello.

6. Con memorie del 10 giugno 2024 e del 13 luglio 2024 le parti hanno ulteriormente sviluppato le loro argomentazioni, insistendo nelle rispettive conclusioni.

7. Con note depositate nelle date del 15 e 17 luglio 2024 le parti hanno chiesto che la causa fosse decisa sulla base degli atti, senza previa discussione.

8. All'udienza pubblica del 18 luglio 2024 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

9. Il Comune di Senise, dopo aver provveduto ad una ricostruzione puntuale delle complesse vicende connesse alle condizioni statiche e di conservazione dell'immobile di largo Donnaperna – parte di un complesso edilizio chiamato “il Castello”, danneggiato dai terremoti del 1980 e del 1998, oggetto di pregresse

ordinanze di sgombero per i danni riportati, incluso per tali motivi nel Programma integrato di recupero degli immobili danneggiati dal sisma ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 132/1999, adottato con delibera del Consiglio comunale di Senise n. 70 del 23 novembre 2002 e interessato in tempi più recenti anche dal crollo parziale della copertura - in cui l'Associazione Sacro Cuore intendeva svolgere l'attività di asilo e scuola materna, ha lamentato, in primo luogo, l'“*illegittimità*” e l'“*ingiustizia*” della sentenza appellata, che interpretando - a suo parere, in modo erroneo - la disciplina di cui all'art. 6bis della legge n. 241/1990, aveva annullato il provvedimento di diniego di attribuzione del numero identificativo al certificato di agibilità del 27 aprile 2015 ritenendolo viziato da violazione dell'obbligo di astensione del funzionario comunale sottoscrittore del provvedimento, all'epoca indagato in un procedimento penale per fatti inerenti proprio la pratica in esame e, dunque, asseritamente impossibilitato ad occuparsi validamente del caso.

10. Il Comune ha, in particolare, dedotto che il T.a.r., nella pronuncia impugnata, non avrebbe adeguatamente valutato la reale portata dell'obbligo di astensione, che sarebbe potuto sorgere “*solo in presenza di specifici fatti*” tali da evidenziare “*un conflitto di interessi o situazioni di grave inimicizia*” nella casistica degli artt. 51 c.p.c. e 36 c.p.p., norme di carattere generale in materia, e non in corrispondenza della mera presentazione di denunce o querele o di altre analoghe iniziative nei confronti dei soggetti incaricati del procedimento amministrativo, tra l'altro, nel caso in questione, poi assolti dal Tribunale di Lagonegro con sentenza n. 158/2022 da tutte le accuse.

11. Tali censure sono fondate e devono essere accolte per le ragioni di seguito illustrate.

12. Per una migliore comprensione della controversia, il quadro normativo in cui essa va ad inserirsi può essere così sintetizzato: l'art. 6bis della legge n. 241 del 1990 prevede, in primo luogo, che “*il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti*

endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale".

13. Tale regola è espressione del principio generale di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., il quale impone che *"le scelte adottate dall'organo devono essere compiute nel rispetto della regola dell'equidistanza da tutti coloro che vengano a contatto con il potere pubblico"* (cfr. Consiglio di Stato, comm. spec., n. 667 del 2019, sullo schema di Linee guida ANAC in materia di conflitti di interesse nell'affidamento dei contratti pubblici).

14. Una declinazione dello stesso principio è contenuta anche nell'art. 7 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), il quale prevede che: *"il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente"*.

15. Alla medesima esigenza si ispira la disciplina relativa alle incompatibilità nell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, nonché il d.lgs. n. 39 del 2013, in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico), mentre una specifica normativa è prevista, in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici, dall'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 (e ora dall'art. 16 del d.lgs. n. 36/2023).

16. Sul punto può osservarsi che per quanto non esista, all'interno del quadro normativo appena richiamato, una definizione univoca che preveda analiticamente

tutte le ipotesi e gli elementi costitutivi di tale fattispecie, il “conflitto di interessi” può definirsi quella condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato. Operare in conflitto di interessi significa, perciò, agire nonostante sussista una situazione del genere, in cui ricorre, invece, l'obbligo del dipendente di informare l'Amministrazione e, appunto, di astenersi.

17. La mancata astensione del funzionario comporta una illegittimità procedimentale che refluisce sulla validità dell'atto finale, a meno che non venga rigorosamente dimostrato (dall'Amministrazione procedente), come sottolineato dal T.a.r., che la situazione d'incompatibilità del funzionario non ha in alcun modo influenzato il contenuto del provvedimento, facendolo divergere con il fine di interesse pubblico.

18. Nel caso in esame, però, in base a tutti gli elementi che emergono dalla documentazione in atti e dalla stessa ricostruzione della complessa vicenda effettuata dalle parti, non risulta che il funzionario sottoscrittore del provvedimento impugnato in primo grado fosse portatore di un interesse personale confligente con quello alla tutela della sicurezza e dell'incolumità pubblica nell'utilizzo dell'immobile denominato “il Castello”, scelto dall'Associazione ricorrente per lo svolgimento della sua attività.

19. La semplice denuncia da parte dell'Associazione stessa ed anche l'instaurazione nei confronti del RUP di un procedimento penale non appaiono, infatti, circostanze sufficienti, nella fattispecie in questione, a fondare l'obbligo di astensione che, ove rimasto inadempito, avrebbe determinato, secondo il T.a.r., l'illegittimità del provvedimento impugnato.

20. Come evidenziato, in verità, dalla giurisprudenza prevalente, cui la Sezione

ritiene di dover aderire, da un lato, per “*causa pendente*” deve intendersi una controversia civile, amministrativa o tributaria, ma non un processo penale, dall’altro, “*l’obbligo di astensione...(di un pubblico funzionario) per grave inimicizia con il soggetto interessato alla deliberazione da adottare sussiste solo quando l’inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all’esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio, con la conseguenza che non può essere elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell’incolpato anche la proposizione di denunce (cfr. Sez. IV, 9 giugno 2006 , n. 3467, in un ipotesi in cui un pubblico dipendente sottoposto a procedimento disciplinare aveva sporto denuncia nei confronti di talun componente della commissione di disciplina). Così come la grave inimicizia di cui all’art. 51 c.p.c. deve riguardare rapporti estranei al processo e non può, in linea di principio, concretarsi in comportamenti processuali del giudice, ritenuti anomali dalla parte, la quale è tenuta ad indicare fatti e circostanze concrete, che rivelino l’esistenza di ragioni di rancore o di avversione (V. Cass. S. U. n. 12345/2001; v. anche Cons. Stato, Sezione IV, ord. 6374 del 25 ottobre 2006, che ha escluso che la semplice proposizione di denuncia nei confronti dei membri del Collegio implicasse onere di astensione da parte dei medesimi nei riguardi di una controversia in cui era in causa il denunciante)” (Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2007 n. 4759; cfr. anche Cons. Stato Sez. VI, 22 marzo 2022 n. 2069; Sez. V, 20 dicembre 2018 n. 7170; Cass. pen. Sez. VI, 3 maggio 2021 n. 16782).*

21. Nella specie, la denuncia presentata dal legale rappresentante dell’Associazione nei confronti dell’arch. Filardi, responsabile dell’Ufficio tecnico del Comune, ed il procedimento penale successivamente instaurato non valgono a supportare l’onere di astensione, non essendo stati forniti dati concreti in grado di suffragare l’esistenza di oggettive forme di inimicizia tra denunciante e denunciato al di fuori dell’occasione concretizzatasi nel diniego di attribuzione del numero identificativo al certificato di agibilità dell’immobile risalente al 2015, come del resto confermato anche dalla stessa sig.ra De Fina che, interrogata dal giudice penale in ordine ad

eventuali motivi di carattere personale e non che avrebbero potuto indurre gli imputati (l'arch. Filardi ed un altro funzionario del Comune) ad intralciare dolosamente l'attività della sua associazione, ha dichiarato di aver conosciuto l'arch. Filardi soltanto in occasione di queste vicende e di aver avuto in precedenza semplicemente *"alcune discordanze in ordine a pratiche amministrative con il Guaragnone"*.

22. Né sono emersi nel corso del giudizio episodi sintomatici tali da far supporre che la denuncia o pregresse istanze dell'Associazione ricorrente potessero aver innescato comportamenti o forme di reazione negativa da parte dei funzionari stessi che nel trattare le pratiche edilizie e di agibilità risultano essere stati sempre animati dall'unica finalità di tutelare la pubblica incolumità e la sicurezza delle persone, specie in ambiti di attività così delicati come quello scelto dalla originaria ricorrente.

23. La suddetta ricostruzione non è, inoltre, in alcun modo inficiata dalle argomentazioni della associazione appellata circa la mancata confutazione da parte del Comune del capo della sentenza impugnata relativo alla mancata dimostrazione del fatto che la situazione d'incompatibilità del funzionario non avrebbe *"in alcun modo influenzato il contenuto del provvedimento facendolo divergere con il fine di interesse pubblico"*, dovendosi escludere a priori, come anticipato, la ricorrenza stessa della situazione di incompatibilità e del conseguente obbligo di astensione.

24. In conclusione, l'appello deve essere, dunque, accolto e, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado deve essere rigettato.

25. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del T.a.r. n. 303/2022, rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna le parti appellate alla rifusione in favore del Comune di Senise delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate in complessivi € 8.000,00 oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone coinvolte.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Michele Conforti, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE
Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE
Luigi Carbone

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.