

FIorenzo LIGUORI

LE INCERTEZZE DEGLI STRUMENTI DI SEMPLIFICAZIONE

Lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*

1) La semplificazione procedimentale e il modello del controllo successivo. 2) L'instabilità della disciplina del modello. Il fantasma dell'autotutela. 3) L'Adunanza Plenaria n. 15/2011 e la natura della s.c.i.a.. 4) Deprovedimentalizzazione, doverosità del controllo e rimedi per il terzo nella disciplina dettata dal d.l. n.138/2011. 5) Diritto privato e diritto amministrativo nella stratificazione normativa. 6) L'oggetto del giudizio sul silenzio-inadempimento. Autotutela e poteri sanzionatori. 7) Solleciti dei terzi e decadenza del potere. 8) I limiti del potere tra legge, amministrazione e giudice.

1) La semplificazione procedimentale e il modello del controllo successivo

Le incertezze degli strumenti di semplificazione cominciano dalla delimitazione degli stessi confini della semplificazione amministrativa.

L'estensione semantica dell'espressione è infatti giunta fino all'identificazione con la stessa riforma della pubblica amministrazione, che, da ultimo, è diventata sinonimo di "sburocratizzazione", brutto neologismo posto al centro dell'Agenda dell'attuale Governo nazionale.

Così concepita la semplificazione amministrativa riguarda tutti i moduli procedurali, autoritativi e consensuali, l'organizzazione degli uffici, i contatti con i cittadini, il linguaggio burocratico, la digitalizzazione, le procedure contabili¹.

Relazione al Convegno annuale dell'Associazione dei Professori di Diritto Amministrativo, tenutosi a Napoli, presso l'Università Federico II, il 3 e 4 ottobre 2014, sul tema "L'incertezza delle regole".

¹ Sulla semplificazione come principio, avendo riguardo ai profili procedurali qui oggetto di riflessione, si può vedere, anche per la essenziale bibliografia, LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in RENNA – SAITTA, a cura di *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 533, ss.. Sul piano più generale, cfr, tra gli altri, BOMBARDELLI, *La semplificazione amministrativa. Problemi e prospettive*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, III, Torino, 2012, 1827 ss.

La semplificazione comprende dunque oggetti e politiche diversificati, esprimendo una generale opzione riformista in direzione dell'alleggerimento degli oneri burocratici.

Per un tentativo di classificazione, provando ad ordinare una produzione normativa magmatica, vanno distinti almeno tre ambiti, che danno luogo a tre diverse espressioni della semplificazione: dell'organizzazione, della normativa e dei procedimenti. Ponendo in questa sede in disparte le prime due, si può notare come siano almeno tre le direzioni cui risulta orientata la semplificazione dei procedimenti: la semplificazione strutturale (conferenze e accordi, eliminabilità e/o fungibilità dei pareri e delle valutazioni tecniche non rese entro il termine); la semplificazione degli oneri a carico del cittadino nell'interlocuzione con l'amministrazione (autocertificazione, uso della telematica); ed infine la semplificazione/liberalizzazione dell'avvio di determinate attività².

Se delimitiamo la prospettiva al procedimento l'area della semplificazione si restringe dunque significativamente e viene in evidenza il capo IV della LPA, del quale fanno parte istituti quali la conferenza dei servizi, il silenzio assenso, la s.c.i.a. Qui mi occuperò unicamente di quest'ultima, per la sua funzione strategica e per la sua carica problematica, ma anche per la necessità di contenere la latitudine delle riflessioni che seguono.

Nel diritto comunitario la semplificazione delle procedure è richiesta in molti settori specifici (servizi 2006/123/CE) mentre la massima possibile semplicità è prescritta per l'azione comunitaria dal Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità annesso al trattato di Amsterdam. Ma la spinta a ridurre gli adempimenti burocratici e a razionalizzare le procedure amministrative si manifesta in termini evidenti nell'operato delle organizzazioni internazionali: l'amministrazione è vista come una componente del mercato, cui è richiesto un livello di efficienza paragonabile a quello di privati³.

In questa logica la tendenza è in direzione dell'ampliamento dello spazio della libertà di iniziativa economica rispetto agli aspetti di contrasto con gli interessi pubblici e diventa prioritario alleggerire e accelerare i procedimenti che condizionano l'ingresso nel mercato e l'avvio delle attività economiche private.

² Si riprende qui la classificazione utilizzata da RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, nell'Enciclopedia Italiana.

La disciplina europea spinge con continuità verso la liberalizzazione delle attività economiche private anche mediante l'armonizzazione delle regole procedurali e la riduzione dei condizionamenti amministrativi preventivi indicando quale soluzione ordinaria sistemi nei quali le attività vengono avviate in regime di autoresponsabilità.

La tendenza è perfino enfatizzata nella politica legislativa nazionale, che, in particolare all'inizio di questo decennio, ha reiterato il concetto in termini ridondanti, fino al punto di aver generato una proposta di modifica costituzionale, poi finita nel nulla, con la quale, sull'esplicitato presupposto ideologico che è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato, ci si proponeva di costituzionalizzare anche il modello del controllo successivo da parte dell'autorità pubblica⁴.

Sia dal punto di vista del diritto positivo che delle scelte ideologiche e culturali non v'è dubbio perciò che la d.i.a. (oggi s.c.i.a.) integri il modello di semplificazione più rilevante ed insieme quello più tormentato ed incerto; e ciò a differenza del silenzio assenso che, pur con tutte le riserve che può suscitare, ha raggiunto una sua accettabile stabilità di regime e di interpretazione giurisprudenziale⁵.

La s.c.i.a. è vista anche come liberalizzazione (temperata)⁶, ma è certamente, almeno in teoria⁷, un fenomeno di riduzione degli adempimenti amministrativi, dunque di semplificazione, dato che viene eliminato il potere "positivo" di autorizzazione e l'espressione autoritativa è soltanto eventuale⁸.

Siamo dunque di fronte, per dirla con le parole di una recente pronuncia della Corte Costituzionale, ad "un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica"⁹.

³ MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 532.

⁴ In tema si può vedere, anche per ulteriori riferimenti, LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo della legge alla Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, 2011, 445, ss.

⁵ Cfr PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in SCOCA, a cura di *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, 377.

⁶ Così la definisce l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.15 del 2011.

⁷ L. FERRARA, *Recensione* Boscolo, *Diritti soggettivi a regime amministrativo*, in *Dir. Pubbl.* 2003, 290, il quale osserva che l'obiettivo delle disposizioni di cui al capo IV LPA è quello di semplificare l'attività amministrativa, non quella privata, e che la d.i.a., dispendiosa non meno della richiesta di autorizzazione, ha addirittura amplificato i rapporti di preventiva consultazione tra cittadino e funzionario competente.

⁸ TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo*, *Foro It.*, 1997

⁹ Corte Cost. sent. 9 maggio 2014 n. 127, che considera il modello s.c.i.a. quale "prestazione specifica, circoscritta all'inizio della fase procedimentale" e ricondotta – oltre la materia della concorrenza, che pure in certi casi può venire in rilievo – ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e

E si tratta “dell’unico modello di semplificazione che autenticamente coglie il mutato “spirito dei tempi”: un’attività antropica prima sottoposta al tradizionale riscontro preventivo dell’attività pubblica, secondo la regola ordinante e sistemica del *command and control*, viene sostanzialmente liberalizzata, a meno che non entrino in gioco interessi ritenuti sensibili, potendosi eventualmente esercitare sull’attività svolta dal privato forme sufficientemente penetranti di controllo *ex post*”¹⁰.

L’impatto dell’istituto sulla realtà dei rapporti tra cittadini e amministrazione è stato però davvero problematico, e nel complesso deludente, per effetto di una serie di fattori concomitanti, di tipo ideologico anzitutto, ma determinati anche dalla marcata instabilità del dato normativo e dalla estrema varietà delle interpretazioni giurisprudenziali.

L’istituto in verità vive in sé stesso una contraddizione e può presentare implicazioni paradossali. Nasce infatti dalla constatazione di una disfunzione, elemento contingente per quanto stabilizzato nel tempo, cui intende porre rimedio mediante un meccanismo semplificato di produzione dell’effetto abilitante. E tale meccanismo trova, d’altronde, la sua radice ideologica nel riconoscimento di posizioni di libertà del cittadino come nel caso delle libertà costituzionali di riunione e di stampa, che richiedono lo spostamento del punto di equilibrio con il potere dell’amministrazione¹¹. Le malgestite esigenze del contingente hanno finito per porre in ombra le ragioni culturali del modello, le quali ultime sono state infine evocate su un piano essenzialmente propagandistico. D’altronde la disfunzione è curata con una soluzione che continua a riconoscere un ruolo rilevante dell’amministrazione, alla quale anzi si richiede una particolare celerità di azione, e perciò un recupero di efficienza.

Se questo non si verifica, tutte le tensioni irrisolte si scaricano sul giudice, quello amm.vo in particolare¹². Ed è ciò che in effetti è accaduto, segnando il quasi fallimento dell’istituto, per effetto della sua problematica sostenibilità anzitutto sul piano del funzionamento degli apparati amministrativi, non certo agevolati dall’andamento ondivago della giurisprudenza e della stessa normazione.

sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale (art.117, cost. secondo comma, lett. m), così avvalorando l’autoqualificazione degli interventi in materia del legislatore nazionale a partire dall’art.10, co 1, lett. b della legge n. 69/2009. Nello stesso senso C.Cost. 27 giugno 2012, n. 164.

¹⁰ R. FERRARA, *L’interesse pubblico al buon andamento delle pp.aa.*, Scritti Romano, 2011, 362.

¹¹ TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, 2008, 345.

¹² TORCHIA, *Giustizia ed Economia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014.

L'istituto attraversa un momento particolare, perché, dopo essere stato ridisegnato nei profili sostanziali e rimediali, impatta la realtà economica, amministrativa e giudiziaria.

Questo confronto non ha ancora prodotto certezze, essendo tuttora da definire diversi snodi rilevanti del modello, come testimonia il preoccupato interesse di recente manifestato dalla migliore dottrina¹³ e qualche recentissima pronuncia del giudice amministrativo di approccio innovativo (ma non per questo convincente, come si dirà). Dall'esito di questo passaggio dipende, si può ben dire, la sorte dell'istituto, come da ultimo rimodellato, legata all'efficacia che saprà o meno dimostrare quale strumento di semplificazione e di competitività del sistema.

Le riflessioni che verranno qui svolte vorrebbero perciò fornire un sia pur minimo contributo alla individuazione e, se possibile, alla soluzione di alcune questioni aperte¹⁴, specie in tema di tutela, ma che evidentemente presuppongono la delineazione dei tratti di diritto sostanziale del modello.

Preliminare all'analisi di questi profili è la ricostruzione, il più possibile rapida, degli sviluppi normativi e giurisprudenziali attraverso i quali, nonostante tutto, si è infine pervenuti a qualche significativa certezza: sulla natura della segnalazione, sicuramente, ma anche, come si vedrà, sui caratteri delle attività riservate all'amministrazione.

2) *L'instabilità della disciplina del modello. Il fantasma dell'autotutela.*

Le incertezze che contraddistinguono il modello a controllo successivo derivano certamente dalla convivenza di per sé difficile tra libertà e potere, posti in un diverso equilibrio, che per funzionare presuppone una nuova concezione dei rapporti tra persona e amministrazione. Ma la ricerca di un possibile nuovo equilibrio non è stata certo aiutata dalla marcata instabilità normativa, che ha prodotto una disciplina per c.d. a "strati", con numerose sovrapposizioni e gravi problemi di coordinamento¹⁵.

L'istituto della s.c.i.a. è stato interamente rielaborato nell'ambito di interventi legislativi che si proponevano di incrementare la competitività del sistema economico

¹³ Si vedano in particolare i contributi di TRIMARCHI BANFI e di GRECO, pubblicati nel corso del 2014 sulla rivista *Diritto processuale amministrativo*, ed ai quali si farà più volte riferimento.

¹⁴ Lucidamente già delineate da RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 325, ss.

¹⁵ 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, 199 ss, DI PACE, *Le incertezze delle liberalizzazioni e il problema del riconoscimento del danno da violazione del legittimo affidamento*, intervento alla tavola rotonda del convegno "Le difficoltà di liberalizzare", Milano, Università L.Bocconi, 9 maggio 2014.

e produttivo, ma la cui natura propagandistica è apertamente disvelata proprio dalle confuse tecniche di redazione adottate.

Non è il caso di ripercorrere qui in dettaglio una storia normativa tra le più disarticolate e disorientanti. Fatto questo tanto più grave in quanto prodottosi in una materia che avrebbe dovuto creare gli strumenti “semplici” e “semplificanti” per rendere più certa la posizione degli operatori, più agevole la loro attività e più competitivo l’intero sistema produttivo. Ma qualche accenno è indispensabile.

Del passaggio del modello originario al modello risultante dall’intervento legislativo del 1993, importa soprattutto ribadire che con esso la d.i.a. diventa, almeno sulla carta, la regola per tutti i procedimenti vincolati ed insieme lo strumento di punta per la riforma amministrativa¹⁶.

In realtà l’istituto resta ai margini del sistema per la difficoltà di fare breccia nella cultura tradizionale dell’amministrazione ma anche per la cautela dei privati, i quali preferiscono all’incertezza del nuovo strumento l’“ombrello protettivo” del provvedimento; ma viene valorizzato nel settore edilizio ed in quello del commercio al minuto, con una serie di alterazioni tutte problematiche (nel primo caso: alternative, estensione espressa anche a provvedimenti ritenuti espressione di discrezionalità tecnica, adempimenti ulteriori, avvio differito; nel secondo: mancata previsione di un termine per il controllo), le quali tuttavia non gli impediscono di porsi almeno nei settori indicati come modello generale per l’attività non discrezionale.

Nell’ultimo decennio le innovazioni legislative si susseguono a ritmi incalzanti: prima quelle introdotte dal d.l. n.35 del 2005 (convertito nella L. 80/2005), e poi quelle approvate negli anni dal 2009 al 2011 (L. 59/2009, L. 69/2009, d.l. n. 78/2010, convertito dalla L. 122/2010, d.l. n. 138/2011, convertito nella L. 148 dello stesso anno)¹⁷.

¹⁶ Un esame puntuale della prima “riforma” della d.i.a. è svolto da L. FERRARA, *Diritti soggettivi, cit.*

¹⁷ Da ultimo, con riguardo al settore edilizio, sono state dettate ulteriori modifiche introdotte dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133, che vanno complessivamente lette nel senso di riportare il modello speciale a quello disciplinato nell’art. 19 della l. 241 del 1990: ed infatti l’espressione “denuncia di inizio attività”, al di fuori di casi espressamente eccettuati, è sostituita, in tutto il *corpus* normativo di che trattasi (ed in specie nei primi due commi dell’art. 22, TUE) da “segnalazione certificata di inizio attività”, con quanto ne consegue in punto di regime giuridico applicabile –onde si è puntato a risolvere i problemi di coordinamento tra le due discipline, sui quali si veda GIULIETTI, *Il controverso impatto della L.n. 122 del 2010 sulla d.i.a. edilizia*, in www.giustamm.it. La “denuncia” conserva una sua peculiarità, sotto il profilo regolatorio, ma tale peculiarità non ne investe la natura giuridica: la giurisprudenza infatti riferisce il predicato della natura privatistica anche alla d.i.a. edilizia, conformemente alla presa di

Con l'intervento legislativo del 2005 viene confermata la portata generale dell'istituto, ora espressamente riferito anche alle concessioni non costitutive ed alle ipotesi in cui i presupposti e i requisiti siano dettati da atti amministrativi a contenuto generale. Il legislatore adotta una formulazione più chiaramente inclusiva delle valutazioni tecniche tra gli adempimenti sostituibili ad opera dell'interessato¹⁸ ma, nel contempo, attraverso un lungo elenco, individua i procedimenti esonerati dall'impatto della dichiarazione (che non è più chiamata denuncia). Viene inoltre dettata una disciplina procedimentale che prevede (mutuandolo dal settore edilizio) un tempo di attesa di 30 giorni tra dichiarazione e avvio - introducendo per di più l'onere aggiuntivo della comunicazione dell'avvio effettivo e che contiene altresì il famigerato richiamo all'autotutela. E' infine prevista la devoluzione delle controversie relative alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'ambito applicativo dell'istituto risulta ampliato, ma siamo di fronte ad una involuzione della disciplina, che rischia di produrre un depotenziamento dei suoi aspetti liberalizzanti, se non addirittura la prevalenza della convinzione che si tratti di una fattispecie non dissimile dal silenzio-assenso, come in particolare la disposizione sull'autotutela sembra presupporre.

Con la novella del 2005 crescono perciò le difficoltà di decifrazione del modello e della sua natura, e nascono interrogativi sulla sua stessa utilità¹⁹.

La L. 69/2009 aveva previsto poi che, nel caso di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva Bolkenstein, compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante, l'attività potesse essere immediatamente attivata alla data di presentazione della dichiarazione.

Dopo qualche ulteriore modifica ad opera del D. Lgs. n. 59/2010 (attuativo dalla citata direttiva), la d.i.a., ribattezza s.c.i.a., viene nuovamente rimodulata dalla L. 30.7.2010 n. 122, di conversione del D.L. 31.5.2010 n.78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economico). Con questo intervento

posizione del Legislatore del 2010, ed ancorchè tale riforma abbia riguardato precipuamente l'art. 19 LPA: cfr. Cons. St., Sez. IV, 20 dicembre 2013, n.6160.

¹⁸ In tema si può vedere, anche per la ricostruzione del dibattito sul tema, LIGUORI, *La segnalazione certificata (già dichiarazione) di inizio attività e la discrezionalità tecnica*, in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, I, Napoli, 2012, 593 ss

¹⁹ M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla c.s.i.a.; Una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2010, 468-469.

legislativo il testo dell'art.19, come risultante delle diverse modifiche succedutesi nel tempo e sopra riassunte, viene integralmente sostituito ad opera dell'art. 49 comma 4-bis del D.L. citato, il quale precisa che la nuova disciplina attiene alla tutela della concorrenza (art.117 Cost. lett. c), costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117 Cost. lett. M)²⁰ e sostituisce direttamente ogni disciplina della d.i.a. dettata da norme statali o regionali.

L'obiettivo questa volta, per quanto perseguito non senza contraddizioni, è quello di rafforzare l'istituto, come sembra testimoniare la stessa idea di cambiare ancora una volta la denominazione. Ed infatti la segnalazione deve essere corredata anche "dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati" e perfino i pareri previsti dalla legge sono "comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni".

L'attività può essere iniziata dalla data della presentazione ed il controllo successivo va svolto nel termine di 60 giorni. La previsione sull'autotutela è mantenuta in vita, eppure, in caso di dichiarazioni false o mendaci, l'amministrazione "può sempre e in ogni caso" adottare i provvedimenti di inibitoria con eventuale ordine di conformazione. Viene inoltre previsto un ulteriore potere di intervento *sine die* in presenza del pericolo di un danno per gli interessi sensibili (arte e cultura, ambiente, salute, sicurezza pubblica, difesa nazionale).

La formulazione non felicissima della disposizione ha fatto sorgere più di un dubbio²¹; tuttavia il punto cruciale, che attiene alle conseguenze della estinzione del potere inibitorio generale, appare significativamente sdrammatizzato dalla differenziazione dei poteri di intervento ed in particolare della possibilità di intervenire in ogni tempo in caso di segnalazione travisante e dalla possibilità di tutelare, del pari in ogni tempo, i c.d. interessi "sensibili"²².

Quest'ultima previsione è stata anche letta come un limite al potere di autotutela, da esercitare unicamente nelle ipotesi di contrasto dell'attività coi soli interessi nominati dal comma 4²³; laddove il comma 4 si limita a dire che la scadenza dei termini non

²⁰ Sulla correttezza di tale riconduzione cfr. C. Cost. n. 164/2012 e n. 127/2014, cit.

²¹ SANDULLI, *Dalla d.i.a.*, cit., 472.

²² BOSCOLO, *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore sulla natura liberalizzante della d.i.a. e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati a una vita effimera*, in *Giur. It.* 2012, 4.

²³ Tale lettura risulta smentita dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 188 del 4 luglio 2012, secondo la quale il comma 4 riflette la scelta del legislatore non già di circoscrivere ai soli interessi

vale quando in gioco vi sono interessi sensibili e che perciò in questi casi il potere di controllare e inibire semplicemente non si consuma e può, anzi deve, essere esercitato in ogni tempo, senza subire i condizionamenti propri dell'autotutela, che trasformerebbero in discrezionale un potere di intervento doveroso e vincolato²⁴.

D'altronde, se l'autotutela fosse intesa per quello che normalmente è, e perciò riferita al provvedimento già emanato nel termine, non vi sarebbe ragione di operare queste forzature interpretative. Forzature che poi si riverberano sullo stesso potere sanzionatorio – repressivo, che, secondo una lettura accreditata, andrebbe esercitato secondo i canoni dell'autotutela, condizionandone per di più l'esercizio alla presenza di un pericolo per i soli interessi “sensibili”.

La tematica dell'autotutela è davvero emblematica, ma in questa materia nulla è percepito nei suoi contenuti “veraci” ed ogni singolo passaggio della costruzione del modello è segnato da contraddizioni e da alterazioni quando non da veri e propri rovesciamenti di senso: da un atto privato (denuncia, dichiarazione o segnalazione che sia) scambiato per un provvedimento amministrativo tacito fino, per arrivare all'oggi, all'azione contro il silenzio-inadempimento che si vorrebbe riferire ad un potere che l'amministrazione non ha più.

Proprio con riguardo all'istituto di punta della semplificazione manca dunque paradossalmente ogni certezza, anche solo in termini di affidamento del cittadino nei contenuti consolidati degli istituti richiamati dalla legge.

3) *L'Adunanza Plenaria n. 15/2011 e la natura della s.c.i.a.*

Non è il caso di ripercorrere qui in termini analitici la contraddittoria parabola della giurisprudenza, che peraltro rispecchia un dibattito teorico particolarmente articolato: dalla configurazione dell'inerzia in rapporto all'esercizio del potere inibitorio in termini di silenzio assenso, al riconoscimento di una ipotesi di silenzio-diniego, alla sua qualificazione in termini di silenzio inadempimento; in tutti i casi ricorrendo alla individuazione di diverse ragioni giustificative circa la previsione in capo all'amministrazione di poteri di autotutela e della stessa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

sensibili” gli interventi dell'amministrazione successivi alla scadenza del termine per il controllo “ma quella, opposta, di assicurare una protezione ulteriore e taluni preminenti beni giuridici”.

²⁴ SANDULLI, *Dalla d.i.a.*, cit. 477 – 478. In tema cfr. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 344.

Nel limitare l'attenzione all'ultima fase di questa tormentata vicenda, l'attenzione deve cadere principalmente sulla pronuncia con cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁵, dopo aver definito in termini del tutto convincenti la natura privatistica della segnalazione certificata (un tempo dichiarazione) di inizio attività, ha qualificato l'inerzia serbata dall'amministrazione in relazione all'esercizio dei poteri inibitori quali silenzio-diniego, riaffermando quindi, sulla scorta delle indicazioni della dottrina²⁶, che la tutela del terzo si compendia, dopo la scadenza del termine per l'esercizio dei riferiti poteri, nella domanda di annullamento del provvedimento tacito (non già di assenso in relazione alla legittimità dell'opera o dell'attività, ma) di diniego circa la sussistenza dei presupposti onde dare corso all'intervento inibitorio. E ciò benchè manchi una espressa qualificazione del silenzio in termini di diniego²⁷. In questa logica potevano se non altro trovare una più soddisfacente (e più naturale) collocazione sistematica anche le norme sui poteri di autotutela, che verosimilmente riguarderebbero²⁸ i provvedimenti inibitori, espressi o (il che costituisce una sostanziale novità) taciti di rigetto che siano, così ridimensionando la (diversamente fuorviante) previsione che richiama gli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* LPA.

Il percorso seguito dalla Plenaria conduce ad una costruzione in sé coerente ma un po' barocca²⁹, e comunque discutibile laddove inquadra come "atto", anziché come "fatto" con effetti decadenziali, la scadenza del termine perentorio³⁰. Il percorso si fa ancor meno lineare con riferimento alla individuazione della tutela attingibile da parte del controinteressato laddove questi intenda contestare l'iniziativa del dichiarante prima che sia spirato il termine per l'adozione del provvedimento inibitorio, *condicio sine qua non*, all'evidenza, perché possa formarsi il silenzio diniego: richiamando i più

²⁵ Cons. St., Adunanza Plenaria, 29 luglio 2011, n.15, in *Dir proc. Amm.*, 2012, 171, con commenti di R. FERRARA e BERTONAZZI.

²⁶ GRECO, *La s.c.i.a. e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché dopo il silenzio assenso ed il silenzio inadempimento non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, *Dir. proc. amm.*, 2011, 359 e ss..

²⁷ In tema GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo* (alla luce del comma 6-ter dell'art.19 L.241/90), in *Dir. proc. amm.*, 2014, 651, ss..

²⁸ LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio attività*, in www.giustamm.it.

²⁹ CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 175.

³⁰ TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.). Il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro It.* 2011, III, 517.

significativi passaggi della pronuncia n. 3 del 2011³¹, in tema di azione risarcitoria autonoma, la Plenaria evidenzia che la giurisdizione del giudice amministrativo può riempirsi di contenuti ulteriori e più pregnanti rispetto alla *mera* tutela di annullamento, siccome quel giudice può erogare, ove ciò occorra a dare idonea protezione alla posizione di interesse legittimo vantata dal ricorrente, la tutela di accertamento –la quale costituisce, anche alla luce del dettato costituzionale, il *proprium* di ogni attività giurisdizionale³² e, limitatamente ai procedimenti che non involgono valutazioni discrezionali³³, quella di condanna³⁴.

Vero è però che, ai sensi dell'art. 30, primo comma, del Codice del processo amministrativo, l'azione di condanna può essere esperita, al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva e dei casi previsti dalla stesso art. 30 (domanda risarcitoria, anche in forma specifica, ai sensi e per gli effetti dei commi 2 e ss.), soltanto “contestualmente ad altra azione”: nell'ipotesi che interessa, quindi, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento (tacito) di diniego.

Riguardo al periodo antecedente alla formazione per *silentium* dell'atto da impugnare troverebbe dunque esplicitazione la tutela atipica di accertamento che è “corollario indefettibile dell'effettività della tutela”³⁵.

Una lettura, quella fornita dalla Plenaria, volta a congegnare il sistema di tutela più efficace possibile, sia pure con argomenti per più versi discutibili³⁶. Peraltro, nello stesso contesto in cui se ne illustrano i fondamenti costituzionali e sistematici l'affermazione circa l'ammissibilità della tutela atipica di accertamento, viene

³¹ Si tratta di Cons. St., Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n.3, in www.giustamm.it con commento di PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo in margine a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n.3.*

³² Così come ritiene CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557; Id., *Le azioni*, in *Il nuovo codice di processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1121 e ss., spec. 1123 – 1124.

³³ Come ribadito da TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n.1428, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 1491,

³⁴ Sul tema dell'atipicità delle azioni in funzione della pienezza ed effettività della tutela vedi anche Cons. St., Adunanza Plenaria, 28 maggio 2012, n. 28, in www.giustamm.it

³⁵ Per superare le strettoie imposte dalla norma (art. 34, comma 2) che fa divieto al giudice di pronunciarsi sui “poteri non ancora esercitati”, la Plenaria distingue tra presupposti processuali e condizioni dell'azione, ritenendo che la scadenza del termine di sessanta giorni previsto per l'esercizio dei poteri inibitori vada annoverata tra queste ultime piuttosto che tra le prime. In quanto condizione dell'azione, lo spirare di questo termine incide sulla “decidibilità” in merito della controversia e deve pertanto sussistere nel momento della decisione e non in quello della proposizione della domanda e dell'esame dell'istanza cautelare

³⁶ ZAMPETTI, *D.I.A. e s.c.i.a.* dopo l'Adunanza Plenaria n.15/2011: *La difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 811, ss.

depotenziata considerevolmente, se non altro perché la relativa domanda costituisce per così dire soltanto un *veicolo* per anticipare la tutela, una tutela che peraltro sarà (al momento della decisione) quella tipica di annullamento (del provvedimento tacito frattanto eventualmente formatosi) e non già quella atipica di accertamento.

La decisione dell'Adunanza Plenaria costituisce "un'ulteriore espressione del tradizionale dominio giurisprudenziale nell'elaborazione dei principi e delle regole del diritto amministrativo processuale"³⁷. E non si può che condividere anche l'osservazione che di fronte all'emanazione di un codice la creatività andrebbe frenata e non rafforzata. Tuttavia, nella specie, deve essere anzitutto rimarcato lo sforzo sistematico di diritto sostanziale, che dice una parola (si spera) definitiva sulla natura della s.c.i.a. (atto con valenza comunicativa, non sostitutiva del provvedimento di assenso), sulla natura (di diritto soggettivo) della posizione del segnalante ("*agere licere* oggetto di denuncia"), sulla consustanzialità tra la originarietà del diritto soggettivo, tuttavia sottoposto a regime amministrativo, e la funzione di controllo che l'amministrazione deve svolgere in forme doverose e puntuali³⁸.

4) *Deprovedimentalizzazione, doverosità del controllo e rimedi per il terzo nella disciplina dettata dal d.l. n. 138/2011*

Il "dialogo" con il legislatore conosce un ulteriore passaggio, segnato dalla "perentoria presa di posizione" di quest'ultimo che, se per un verso può apparire come una "sottolineatura del monopolio normativo nell'elaborazione delle regole basilari del diritto amministrativo"³⁹, per un altro sembra costituire "una reazione, imposta dagli apparati burocratici, che temono che la figura del silenzio diniego potesse far insorgere ipotesi di responsabilità dell'amministrazione, ove tale silenzio diniego fosse stato giudicato illegittimo e annullato per mancato esercizio dei relativi poteri di controllo"⁴⁰.

In realtà, salvo che per la non secondaria questione della qualificazione del silenzio, il legislatore segue la stessa impostazione della Plenaria, e così giunge finalmente a dire con chiarezza che non si tratta di un titolo tacito.

Il d.l. 138 del 2011, nel modificare ancora una volta l'art. 19 del l. 241, vi ha infatti introdotto un nuovo comma (il 6 *ter*) dove si conferma l'opzione per la natura non

³⁷ RAMAJOLI, cit., 331

³⁸ BOSCOLO, *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore*, cit.

³⁹ RAMAJOLI, cit.382.

provvedimentale della segnalazione di inizio attività (in linea con l'ormai prevalente giurisprudenza) epperò si prevede che la tutela del terzo debba aver luogo esclusivamente nelle forme di cui all'art. 31 del Codice del processo amministrativo, e quindi dell'azione avverso il silenzio inadempimento⁴¹.

La soluzione prescelta, da un lato prolunga il tempo dell'incertezza, esponendo il dichiarante alla reazione del controinteressato per un tempo ben maggiore rispetto alla soluzione incentrata sul silenzio-diniego, dall'altro pare presupporre la formazione di un'inerzia in senso tecnico, consistente, nella specie, nel mancato esercizio dei poteri inibitori nel termine di legge, al cui intero decorso risulta condizionata ogni iniziativa processuale.

A questo secondo inconveniente sembra aver posto riparo lo stesso legislatore allorchè, intervenendo sull'art. 31 del Codice del processo (cfr. d.lgs. 195 del 2011, c.d. primo correttivo), cui l'art. 19, comma 6 *ter*, rinvia, ha esteso il potere del giudice di accertare la fondatezza dell'istanza al di là delle ipotesi in cui si siano decorsi i termini per la conclusione del procedimento (e semprechè si tratti di procedimenti a risultato certo), purchè vi sia una previsione di legge in tal senso.

E' ragionevole infatti ritenere che tra "gli altri casi previsti dalle legge" (art. 31 nella formulazione novellata) vi sia appunto quello dell'azione promossa dal terzo per contestare la legittimità di un'attività intrapresa tramite s.c.i.a., anche quando proposta prima della scadenza del termine⁴²: d'altronde, se il termine per l'esercizio è perentorio l'istanza non può che essere precedente alla sua scadenza, mentre il giudizio sull'inerzia può essere promosso entro l'anno (art.31, co.2, CPA).

Ma sulle non poche questioni interpretative che la disposizione pone si ritornerà più avanti. Quel che appare indubbio è che il legislatore ha infine cancellato le resistenze al superamento dello schema provvedimentale, che trovavano terreno fertile sia in una limitata immaginazione istituzionale dei rapporti cittadino-p.a. sia nell'esigenza di effettività della regolazione, specie nella prospettiva del terzo.

⁴⁰ Così GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit. 656.

⁴¹ Molto critico sulla scelta di qualificare la fattispecie in termini di silenzio-inadempimento, STELLA RICHTER, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012, 155, il quale condivide gli argomenti della Plenaria circa la funzione dell'azione ex art. 31 cpa, volta a stimolare l'esercizio di un potere tuttora nella sfera di disponibilità dell'a. e perciò non riferibile a poteri già esauriti. In tema cfr. anche MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011, 206.

⁴² TAR Veneto, II, 11 aprile 2013 n. 535 e 8 marzo 2012 n. 298.

L'esplicita qualificazione della natura della segnalazione è tuttavia accompagnata da un ulteriore dato: il riconoscimento in capo ai controinteressati del potere di sollecitare le verifiche e di reagire contro l'eventuale inerzia che, unito alle previsioni già in vigore dal 2005 sulla giurisdizione esclusiva e sull'autotutela, producono un risultato complesso, un'ibridazione di difficile decifrazione e gestione.

Cosicchè, dopo l'Adunanza Plenaria n. 15/11 e dopo il co. 6 *ter* (introdotto dal d.l. 138/11) è sì stata chiarita la natura della s.c.i.a., e con essa quella delle posizioni soggettive coinvolte (del presentatore della s.c.i.a. e soprattutto del terzo) rispetto all'esercizio dei poteri riconosciuti all'amministrazione, ma rischia anche di essere "ulteriormente complicato il quadro complessivo dell'istituto"⁴³.

Adunanza Plenaria e legislatore hanno infatti escluso espressamente che si tratti di un titolo tacito e hanno definito le posizioni coinvolte in termini di interesse oppositivo del segnalante e di interesse pretensivo del terzo, ma le interpretazioni riguardo la natura e l'estensione dei poteri, il ruolo delle parti e quello del giudice sono ben lungi dall'essere pacifiche. I tempi sono perciò maturi per una complessiva rimediazione dell'istituto, nell'ambito della quale si registrano da ultimo due autorevoli prese di posizione (Trimarchi Banfi e Greco) che presentano significativi punti di contatto, forse più rilevanti delle pur presenti divaricazioni, e che apportano un contributo chiarificatore specie sulle *vexata quaestio* dell'autotutela, fin qui avviata su false piste. Per chiarire preliminarmente, tra i tanti interrogativi ancora aperti, almeno un aspetto di diritto sostanziale, laddove gli altri emergeranno dall'analisi dei profili connessi alla tutela del terzo, va anzitutto definito, per le implicazioni che ne conseguono, se il controllo sia doveroso o se si tratti di una facoltà, eventualmente esercitabile anche "a campione"⁴⁴.

Pure su questo aspetto la novella del 2011, facendo riferimento ad un istituto pensato per "chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere" (art.31, co.1, CPA), ha dato una risposta che si può considerare più o meno soddisfacente, ma che appare sufficientemente chiara.

⁴³ GRECO, o ult. cit. 645.

⁴⁴ Sul tema, FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n.241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 435; GIULIETTI, *Attività privata*, cit., 159 ss.

L'esercizio delle verifiche è doveroso, tant'è che può essere sollecitato dagli interessati, e la omissione delle stesse integra un inadempimento giustiziabile (esclusivamente) con il rimedio di cui all'art. 31, co. 1,2 e 3 c.p.a..

L'intervento doveroso non va confuso con un inesistente obbligo di pronunciarsi sulla s.c.i.a. presentata, che è una comunicazione e non un istanza, ma riguarda unicamente i poteri inibitori e ripristinatori, che devono obbligatoriamente essere esercitati tutte le volte in cui l'attività oggetto di s.c.i.a. risulti non consentita, perchè in contrasto con la disciplina che la regola. Ma provvedimenti di tal fatta "non possono nascere dal nulla", presupponendo "un procedimento già avviato, appunto, attraverso la presentazione della s.c.i.a."⁴⁵.

Il modello, in altre parole, impone all'amministrazione di procedere ma non le impone di provvedere⁴⁶. La verifica si traduce in un provvedimento solo in via eventuale, e cioè se si conclude con esito negativo, e perciò anche un eventuale attestato di chiusura (della fase di controllo) non costituisce titolo abilitativo.

Si tratta di un controllo-riscontro, che, se si chiude sfavorevolmente, non produce rigetto dell'istanza, ma inibizione⁴⁷. Ne risulta così avvalorata la natura di atto privato, espressione di un diritto soggettivo, su cui però si innesta una fase autoritativa eventuale, che costituisce un indubbio elemento di complessità in un modello pensato per semplificare; ma se la complessità è in qualche modo inevitabile, vista la combinazione di elementi privatistici e pubblicistici, occorre nondimeno limitarla allo stretto necessario.

5) Diritto privato e diritto amministrativo nella stratificazione normativa

L'istituto potrebbe produrre l'impatto massimo in termini pratici e teorici se, una volta stabilito che la legittimazione deriva direttamente dalla legge, senza alcuna intermediazione provvedimentale espressa o tacita, il rapporto con il terzo seguisse le

⁴⁵ GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, 659

⁴⁶ TRAVI, *Voce* cit. 353. In tema, cfr anche l'ampia disanima di GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modulo della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 159 ss.

⁴⁷ BOSCOLO, *Diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art.19 della L. 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, 365. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività Profili teorici* Milano, 2000, 202. Sulla ricostruzione del modello, fondamentale L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996.

logiche del diritto soggettivo⁴⁸. In questa ottica, data la fonte legale del diritto di svolgere l'attività, tale diritto potrebbe essere messo in discussione solo da chi contrapponesse ad esso il suo diritto soggettivo, come nel caso della proprietà o della concorrenza. E la tutela accordata costituirebbe - in conformità con i canoni costituzionali - il fedele riflesso della configurazione delle posizioni soggettive dei privati e dei compiti dell'amministrazione.

Ma siamo di fronte ad una stratificazione legislativa che non consente di accettare integralmente una tale, per quanto logica e coerente, costruzione. Le modifiche via via intervenute hanno infatti finito con l'attribuire alla giustizia amministrativa uno spazio centrale, al cui interno trovano tutela anche i c.d. terzi. Ci si è dunque arrestati a metà del guado, come spesso è accaduto quando ci si è rivolti al diritto privato per cercare una soluzione ai problemi dell'amministrazione pubblica.

Non avrebbe peraltro incontrato ostacoli sul piano costituzionale e dei principi (art. 1, co 1 bis L. 241/90)⁴⁹ il perseguimento dell'opzione più radicale, posto che l'assetto di interessi cui si dà attuazione mediante la s.c.i.a. è interamente predeterminato dalla norma, e perciò l'attività dell'amministrazione che l'atto privato sostituisce non si esprime con riguardo a relazioni multilaterali in cui assetto concreto viene da essa stessa plasmato con provvedimenti puntuali: l'equilibrio tra i diversi centri di interesse viene in questi casi cercato e trovato interamente sul piano della disciplina generale. Non si tratta cioè di una scelta che risolve un conflitto di interessi – ipotesi nella quale non si può rinunciare al più articolato strumentario che caratterizza il diritto e il processo amministrativo, e che prevede anche particolari tutele per i terzi – ma dell'applicazione di un assetto di interessi previsto dalla norma⁵⁰.

Il legislatore ha scelto invece di valorizzare il carattere multipolare della regolazione anche con riguardo a conflitti già risolti dalle norme, o da atti amministrativi generali,

⁴⁸ L. FERRARA, cit.; TRAVI, *Voce*, cit. 360, da ultimo CUDIA, *S.c.i.a. e d.i.a. in edilizia (pensavo fosse liberalizzazione e invece era un calesse)*, intervento alla tavola rotonda del convegno "Le difficoltà di liberalizzare", Milano, Università L. Bocconi, 9 maggio 2014.

⁴⁹ In tema mi permetto di rinviare, anche per gli ulteriori riferimenti, a LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, 19 ss.

⁵⁰ Il carattere intrinsecamente non autoritativo dell'attività vincolante è sostenuto da ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, 1988, 269 ss. Con riguardo tale teoria è stato condivisibilmente affermato che il modello delineato dall'art. 19 realizza "sul piano positivo ciò che una acuta dottrina aveva proposto in ordine alle autorizzazioni vincolate, riconducendole a meri atti ricognitivi": SCOCA-D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. Amm.*, 1995, 441.

ed ha inteso garantire la tutela dei c.d. terzi non (solo) con gli strumenti del diritto privato ma anche con quelli del diritto amministrativo consentendogli la possibilità di intervenire nel procedimento e nel processo sul presupposto della sussistenza di un interesse legittimo oppositivo in tal senso. La giurisdizione amministrativa esclusiva va così ad affiancare la tutela civile del diritto⁵¹, che tuttavia non può essere del tutto soppiantata dalla prima, la quale può investire unicamente i rapporti tra cittadini e amministrazione (art. 103 Cost.) e non anche i rapporti tra privati.

Il chiaro dato costituzionale ora ricordato viene completamente ignorato da una sentenza recente della IV Sezione del Consiglio di Stato (22 settembre 2014 n.4764) che ricomprende tra le pronunce ammissibili in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art.133 co. 1 lett. a) del c.p.a., pure la condanna - di chi abbia presentato una segnalazione in carenza dei presupposti legittimanti - a risarcire il danno subito dal terzo, prioritariamente in forma specifica, e cioè mediante demolizione delle opere realizzate (che, nella specie, viene espressamente ordinata). Si tratta di una soluzione estrema e forzata, frutto evidente di una visione che assume come valore assoluto e incondizionato la concentrazione delle tutele, e che presuppone, senza esplicitarli, una serie di salti logici, basati comunque sull'idea, apertamente smentita dal comma 6-ter dell'art.19, che la s.c.i.a., benchè consista soggettivamente ed oggettivamente in un atto privato, valga come un provvedimento (nella specie, illegittimo, e che perciò avrebbe dovuto essere annullato, con conseguente irrogazione delle sanzioni previste). Senonchè il privato ha, tra gli altri diritti che gli sono riconosciuti, anche quello di rimanere privato⁵², e perciò il giudice amministrativo, anche nelle materie di sua esclusiva competenza, non ha alcun titolo per impartirgli ordini di sorta, potendo unicamente intimare all'amministrazione, ove ne ricorrano i presupposti, di assumere le determinazioni conseguenziali all'accertamento dell'insussistenza del presupposti legittimanti la s.c.i.a..

Anche se non si possono condividere le letture estreme che vorrebbero completamente escludere la giurisdizione ordinaria nelle controversie che attengono alla s.c.i.a., è certo che il modo di vedere le cose proprie del diritto amministrativo, che nella figura

⁵¹ Secondo quanto a suo tempo delineato da CERULLI IRELLI, *Moduli procedurali alternativi in materia di autorizzazione* in *Dir. Amm.*, 1993, 65.

⁵² FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art.19 L. 241 del 1990*, in *Dir. Publ.* 1997, 421

del terzo trova la sua espressione più significativa⁵³, è stato ritenuto irrinunciabile anche per l'attività vincolata⁵⁴, dalla quale si dispone sì la deprovincializzazione, ma garantendo al terzo - che vanta una posizione differenziata rispetto al comune cittadino - una tutela equivalente a quella riconosciutagli nei confronti del provvedimento.

Egli pertanto ha per ciò solo titolo per chiedere tutela contro l'inosservanza di tali regole dettate per l'avvio e lo svolgimento dell'attività, e cioè per pretendere l'attuazione del diritto obiettivo, in questo caso reagendo al mancato esercizio dei poteri inibitori e repressivi che integrano il regime giuridico delle attività regolate⁵⁵.

Ma appunto di diritto obiettivo si tratta, e perciò l'iniziativa dei terzi deve rapportarsi a poteri che sono stati dalla legge sottoposti a termini perentori, proprio per trovare un accettabile punto di equilibrio tra l'affidamento di chi intraprende l'attività e l'effettività della regolazione, la quale ultima è diretta a contemperare gli interessi di tutte le parti cui la disciplina stessa attribuisce rilievo giuridico.

6) *L'oggetto del giudizio sul silenzio-inadempimento. Autotutela e poteri sanzionatori.*

Il potere rispetto al cui esercizio il c.d. terzo può vantare un interesse qualificato va individuato, sulla base di una lettura piana della disposizione, in primo luogo nel potere inibitorio⁵⁶, che è poi per c.d. il potere "principe" ed originario che contraddistingue il modello.

I poteri residui in capo all'amministrazione sono però ormai molteplici e gli eventuali solleciti potrebbero anche specificamente mirare al loro esercizio: oltre al potere inibitorio, c'è l'autotutela, ed inoltre l'inibitoria speciale senza termini quando si tratti

⁵³ MARZUOLI, *La privatizzazione fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 393 ss.; TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 175; per la visione del processo, in integrazione col procedimento, dal punto di vista del controinteressato, F. PUGLIESE, *Nozioni di controinteressato e moduli di processo amministrativo*, Napoli, 1989. Per l'idea che la tematica del controinteressato risulti estranea all'istituto della d.i.a. come in origine pensato, ferma la facoltà per i terzi di agire a tutela dei loro diritti in sede civile, cfr. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000, 314.

⁵⁴ Ritiene in generale, ma con l'eccezione delle ipotesi che danno luogo all'applicazione dell'art. 19, che anche nei casi di attività vincolata la legge attribuisca all'amministrazione un potere (di costituire l'effetto realizzando l'assetto di interessi prefigurato), SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.* 1995, 1 ss.

⁵⁵ TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 25, ss..

⁵⁶ In senso contrario, prima dell'entrata in vigore del co. 6 ter, cfr. Cons. Stato, V, 22 febbraio 2008 n. 948; IV, 4 settembre 2002 n.4453.

di s.c.i.a. corredata da dichiarazioni false o mendaci (co. 3, terzo punto); ed ancora il potere straordinario di intervenire in ogni tempo in caso di pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, l'ambiente, la salute, la sicurezza pubblica e la difesa nazionale (co. 4). Sopravvivono inoltre i poteri sanzionatori e repressivi previsti per l'attività svolta in assenza o in difformità del titolo provvedimentale, fatti salvi dall'art. 21.

Al riguardo si deve notare come sia comune l'attribuzione al legislatore dell'intenzione di riferire i solleciti al potere di autotutela⁵⁷, e ciò benché si tratti di un potere discrezionale, anche nell'*an*, rispetto al quale, pur in presenza di un istanza, non sembrerebbe possibile configurare il silenzio-inadempimento⁵⁸. E non può essere la previsione del rimedio del silenzio-rifiuto ad avallare una sorta di "*ius singulare*" dell'autotutela quando riferita al modello di cui all'art.19⁵⁹, se è vero i poteri spettanti all'amministrazione non si esauriscono affatto con l' "autotutela", e che perciò l'adempimento ben può realizzarsi (ed essere giustiziabile) con riguardo a tutti e ciascuno di essi. Tutti questi poteri, anche quello straordinario di intervento a tutela di interessi sensibili, sono infatti da ricostruire in termini di esercizio doveroso, e perciò di adempimento/inadempimento.

Quando si riconosce all'interessato la possibilità di "sollecitare l'esercizio delle verifiche spettante all'amministrazione" è logico riferirsi in primo luogo alle verifiche di cui al co. 3°, il cui esito, in caso di risultanze negative, è l'esercizio del potere inibitorio. Tale potere, tuttavia, decade, a differenza degli altri, quando sia decorso il termine di 60 giorni (o 30 per l'edilizia) fissato per il suo esercizio.

I solleciti volti all'esercizio dell'inibitoria potrebbero comunque essere promossi entro il termine: sul piano processuale si ritiene che in questo caso l'azione abbia ad oggetto direttamente l'accertamento, posto che il silenzio-rifiuto non ha avuto tempo di formarsi⁶⁰. E' però ben possibile che il terzo inoltri il sollecito nei termini e

⁵⁷ Da ultimo, in giurisprudenza, TAR Abruzzo, L'Aquila, I, 11 settembre 2014, n.661; Cons. Stato, IV, 26 agosto 2014 n.4309; Cons. Stato, IV, 4 febbraio 2014 n. 500.

⁵⁸ Cfr., ad esempio, CLARICH, *Manuale*, cit., 176; Per un diverso approccio, limitatamente alla s.c.i.a., GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in www.giustamm.it; in *Giurisprudenza*, cfr. Cons. Stato, IV, n. 4309/2014, cit.;

⁵⁹ Così invece ritiene Cons. Stato IV, n.4309/2014, cit.

⁶⁰ GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, che richiama, al riguardo, TAR Veneto, II, 11/4/13 n. 535; 8/3/12 n. 298. Queste decisioni non sembrano peraltro rivolte a sostenere l'ammissibilità dell'azione di accertamento bensì a radicare la possibilità di esperire il rimedio di cui all'art. 31 anche nelle ipotesi in cui non sia

l'amministrazione lasci scadere il termine senza attivarsi: a quel punto è da ritenere che il terzo possa impugnare (entro l'anno) il silenzio-inadempimento, senza dover ricorrere direttamente per l'accertamento (azione di problematica configurazione, almeno nella specie, alla luce del tenore del co. 6 *ter* e specialmente dell'avverbio "esclusivamente" ivi utilizzato). I poteri inibitori infatti sono poteri da esercitare immediatamente, fin dalla presentazione della segnalazione, e per il loro esercizio è previsto un termine finale, cosicché, nel caso di specie, risulta superabile la previsione secondo la quale l'azione nei confronti del silenzio è esperibile solo una volta decorsi i termini per la conclusione del procedimento⁶¹. Avvalora tale lettura l'estensione (disposta col primo correttivo al codice) dell'azione ex art.31 anche ai casi previsti dalla legge diversi dalla infruttuosa decorrenza del termine per provvedere.

Il terzo dunque può sollecitare tutte le verifiche doverose finché il potere c'è: e perciò quelle volte all'esercizio dell'inibitoria "ordinaria" soltanto entro 60 (o 30) giorni; tutte le altre *sine die*.

Si osserva che in tale modo però risulterebbe piuttosto sacrificata la posizione del terzo, il quale si accorgerebbe per solito ben oltre tale termine dell'attività oggetto della s.c.i.a.. Ma l'osservazione⁶² non sembra possa valere a negare la coerenza sistemica di una costruzione in base alla quale, scaduto il termine per la inibitoria generale, l'azione risulta rivolta a stimolare l'esercizio dei soli poteri residui⁶³.

Senonché tra i poteri residui, e perciò sollecitabili, viene comunemente annoverata l'autotutela, intesa in senso atecnico⁶⁴, che, ricollegata al potere inibitorio non esercitato, ne produce una sorta di reviviscenza, anche se a condizioni diverse, proprie appunto del potere di riesame.

L'autotutela conquista così il centro della scena, e viene, per di più, secondo una linea di pensiero che ha fatto breccia in giurisprudenza⁶⁵, riferita allo stesso potere

decorso il termine per provvedere. Sulla necessità di una diffida perché detto rimedio sia esperibile, cfr. Cons. Stato n. 500/2014, cit.

⁶¹ GALLO, cit. 5, L'Ap n. 15/11 cit. aveva invece ravvisato nella disposizione sul tempo dell'azione un ostacolo all'applicabilità dell'art. 31.

⁶² Sui risvolti anche pratici della lettura qui proposta si dirà in seguito.

⁶³ Così in particolare *TAR Veneto, II 298/2012, cit.*, ove si legge che il terzo "pur trascorso il termine assegnato all'amministrazione per l'esercizio del potere inibitorio, potrà sollecitare, tramite diffida, oltre l'esercizio del potere di autotutela, anche l'esercizio dei poteri sanzionatori e repressivi.."

⁶⁴ *TAR Veneto II cit. 298/2012.*

⁶⁵ Cfr. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della D.I.A. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.* 2011, III, 517 ss.; BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a.. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.*

sanzionatorio, che ne risulta anche esso trasformato, per effetto del condizionamento del suo esercizio alla stessa discrezionalità propria degli atti di secondo grado⁶⁶.

E' una soluzione che lascia perplessi per più aspetti, anzitutto perché forza la lettera della legge⁶⁷, ideando la cd. "autotutela atipica", che si espande su poteri diversi da quelli di secondo grado, i quali ultimi la norma si era limitata a richiamare (in senso "tecnico").

Risulta comunque problematico riconoscere al terzo un titolo a stimolare l'autotutela, posto che sulla relativa istanza non potrebbe, almeno secondo i canoni tradizionali, configurarsi inadempimento⁶⁸.

La difficoltà di armonizzare la previsione sull'autotutela con una vicenda contraddistinta dalla mancanza (almeno *ab initio*) di un provvedimento ha condotto alla sua indebita ibridazione ed estensione ad ogni iniziativa autoritativa assunta oltre il termine per l'inibitoria ordinaria. La previsione circa l'autotutela va invece ridimensionata, avendo riguardo al solo potere inibitorio già esercitato⁶⁹, che può essere corretto in sede di riesame in termini più sfavorevoli o anche più favorevoli per il segnalante. E la relativa previsione non appare superflua⁷⁰, visto che il potere di riesame cade anch'esso con lo spirare del termine fissato per l'esercizio del potere originario⁷¹.

25/2011 e nell'art. 19, comma 6 ter legge n.241/90, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 215 ss. In giurisprudenza, tra le altre, Cons. Stato, VI, 14/11/2012, n.5751; IV, 25/11/2008, n.5811. Per una diversa impostazione della questione cfr. da ultimo, Cons. Stato, VI, 22 settembre 2014 n.4780, di cui si dirà in seguito. Anche l'autore di queste riflessioni aveva espresso un avviso possibilista al riguardo, cfr. LIGUORI, *Osservazioni sulla natura e sulla disciplina delle dichiarazioni di inizio dell'attività*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, II, Padova, 2007, 116 ss.

⁶⁶ *Contra*: TRIMARCHI BANFI, cit., BOSCOLO, *I diritti soggettivi*, cit., 180 ss.

⁶⁷ Come rileva esattamente GRECO, *o. ult.cit.* 652/3.

⁶⁸ Sul punto, da ultimo, i rilievi di TRIMARCHI BANFI, *cit.* In tema cfr. anche SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità dell'azione nel processo amministrativo (a proposito di Ad. Plen)* n. 15/11 in *Dir. Amm.* 2011, 802.

⁶⁹ LIGUORI, *Note*, cit., L.FERRARA, *D.I.A. e silenzio assenso tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. Amm.* 2006, 764, PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attività e fattuali*, alle luce delle novità introdotte dalla Legge 11 febbraio 2005 n. 15 e della legge 14 marzo 2005 n.80, in *Foro Amm.*, TAR, 2811.

⁷⁰ Così invece, GANDINO, *La nuova D.I.A. a proposito di semplificazione e autotutela*, *Foro amm.* TAR, 2005, 3805; GIULIETTI, *Attività privata*, cit. 192.

⁷¹ Cfr. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, per la tesi secondo cui i poteri di secondo grado costituiscono ulteriore esercizio dello stesso potere esercitato in prima battuta. In termini di "riesercizio" si esprime CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 206 ss.

Il sollecito, una volta decaduto il potere di inibire, va dunque riferito ai poteri speciali nonché a quelli repressivi-sanzionatori; ma il fatto è che anche tali ultimi poteri, secondo la riferita interpretazione, dovrebbero sottostare ai canoni dell'autotutela.

Questo modo di vedere le cose muove dalla constatazione che il potere repressivo-sanzionatorio produrrebbe le stesse utilità del potere inibitorio, e cioè l'accertamento dell'illiceità dell'attività e l'eliminazione delle conseguenze già prodotte⁷²: non si potrebbe perciò accettare che la legge ammetta la coesistenza di due poteri in una stessa situazione con identico contenuto ma diversi quanto al termine per l'esercizio.

Una distinzione tra i due poteri sembra invece praticabile, anche perché l'oggetto delle verifiche può essere diverso⁷³: essenzialmente l'analisi documentale per l'inibitoria, direttamente il fatto per gli altri poteri di intervento.

Inoltre non sempre i poteri sanzionatori repressivi hanno risvolti ripristinatori: cosicché le utilità prodotte non appaiono sempre sovrapponibili⁷⁴.

E' possibile dunque distinguere tra un potere di intervento a contenuto inibitorio-ripristinatorio, esercitabile unicamente nel rispetto del termine di legge, e un potere repressivo-sanzionatorio, esercitabile in ogni momento. All'esercizio del potere sanzionatorio corrisponde una pretesa dei singoli terzi fondata sull'assetto normativo di interessi che ricevono protezione diretta per tramite dei poteri amministrativi: le sanzioni mirano, cioè, all'effettività di una regolazione dettata nell'interesse generale inteso come equilibrio tra interessi privati, assunti nell'area del diritto pubblico⁷⁵. I c.d. terzi hanno perciò titolo per sollecitare l'applicazione delle sanzioni nel proprio interesse, senza incappare di regola nelle limitazioni che contraddistinguono i poteri di secondo grado.

Da ultimo, con riguardo a tali tematiche, è intervenuta la sentenza della VI sez. del Consiglio di Stato n. 4780 del 22 settembre 2014, resa con riferimento ad una d.i.a. edilizia alternativa ad un permesso di costruire, secondo la quale – a tutela dell'affidamento dell'interessato - l'irrogazione della sanzione, per essere legittima, deve essere preceduta dal previo annullamento della d.i.a. (equiparata *quoad effectum*

⁷² L. FERRARA, *Diritto soggettivo*, cit. 143, GIULIETTI, *Attività privata*, cit. 157, contra Boscolo, *I diritti*, cit.

⁷³ GRECO, cit. 648. Per l'inquadramento della funzione di controllo e per la sua diversità rispetto al potere sanzionatorio e repressivo, cfr. BOSCOLO, *Diritti Soggettivi*, cit., 167

⁷⁴ GALLO, cit. 3.

⁷⁵ TRIMARCHI BANFI, cit.

al rilascio del provvedimento espresso), all'esito di una valutazione comparativa degli interessi da operarsi con apposito procedimento di secondo grado.

Si tratta di una decisione per più aspetti innovativa, che si segnala per il trasparente intento di non alterare i tratti del potere sanzionatorio, mirando invece a condizionare l'eventuale irrogazione della sanzione all'eliminazione preventiva del "titolo" attraverso una sorprendente riproposizione – a questi soli fini - della tesi che equipara la s.c.i.a. ad un provvedimento amministrativo espresso.

Se si può condividere la preoccupazione di non trasformare il potere sanzionatorio da vincolato in discrezionale, si deve però segnalare un certo formalismo che caratterizza la soluzione ideata, posto che il risultato pratico è il medesimo ed incide sull'effettività del potere sanzionatorio (e dunque della regolazione). Tale risultato – è questo l'aspetto meno convincente – viene raggiunto attraverso un percorso che mette in discussione l'unico dato certo faticosamente acquisito, e cioè che la s.c.i.a. non è, a nessun effetto, un provvedimento tacito. Sul punto l'Adunanza Plenaria era stata del tutto esplicita anche con riguardo alla tematica dell'autotutela, riferita non alla s.c.i.a. ma ai soli provvedimenti inibitori espressi o taciti. Ora la Sesta Sezione, senza che una tale correzione di rotta possa considerarsi conseguenza necessaria dell'entrata in vigore del co. 6-ter, contraddice apertamente l'Adunanza Plenaria e la ricostruzione sostanziale dell'istituto da essa operata, e ciò fa attraverso una interpretazione, invero solo presupposta, del comma 6-ter, il quale è vero che prevede che s.c.i.a. e d.i.a. "non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili", senza nulla aggiungere in tema di annullabilità d'ufficio, ma la disposizione è precipuamente rivolta a risolvere la tematica della tutela del terzo, e solo per questo motivo si preoccupa di specificare il dato della non impugnabilità da parte dei controinteressati: pure in mancanza di una espressa precisazione al riguardo una tale caratteristica avrebbe comunque costituito la conseguenza logica, al pari della non annullabilità d'ufficio, della qualificazione non provvedimentale della s.c.i.a..

La decisione guarda al modello generale di cui all'art.19 LPA laddove le tematiche settoriali oggetto del giudizio risultano disciplinate dall'art.38, co. 2 bis, TUE, in base al quale le sanzioni (più lievi di quelle dettate per l'assenza del permesso) previste "in caso di annullamento del permesso di costruire si applicano anche agli interventi

edilizi di cui all'art.22, comma 3, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo”.

La disposizione settoriale, beninteso, non introduce un caso di annullamento della segnalazione ma si limita ad operare una equiparazione, quanto alle conseguenze sanzionatorie, della ben diversa ipotesi di “inesistenza della legittimazione del privato ad effettuare l'intervento”⁷⁶ ai casi di annullamento del permesso.

Per effetto della disposta equiparazione (ai soli fini sanzionatori) dei casi di mancanza della legittimazione a realizzare l'intervento oggetto di s.c.i.a. all'ipotesi di annullamento del permesso di costruire, non possono trovare applicazione le (più gravi) sanzioni previste dall'art.31 TUE bensì quelle (più lievi, e che a certe condizioni, consentono di conservare le opere) dettate dall'art.38. In questo modo si è voluto evidentemente attribuire rilievo all'affidamento ingenerato nel privato (non solo nel caso di avvenuto rilascio del titolo, ma) anche nel caso di segnalazione che avrebbe dovuto essere negativamente riscontrata. Il rilievo dell'affidamento, dunque, non si spinge fino a contemplare la possibilità di non irrogare la sanzione, ma è frutto di una valutazione legale che incide non sull' “*an*”, bensì sulla tipologia e sulla entità della sanzione da irrogare⁷⁷.

Non vi sarebbe, d'altronde, ragione di assicurare all'affidamento dell'interessato una tutela più forte nel caso di attività avviata sulla base della segnalazione dello stesso presentata, e sulla quale l'amministrazione abbia omesso di esercitare entro il termine il potere di controllo e di inibizione, rispetto al caso di attività basata su un titolo espresso rilasciato dall'amministrazione⁷⁸. Anzi, si può ipotizzare che l'obbligo del cittadino di agire secondo i canoni di correttezza e buona fede nei contatti con l'amministrazione⁷⁹ debba avvertirsi in termini rafforzati quando, per scelta legislativa,

⁷⁶ Così MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio dell'attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, 2005, 262

⁷⁷ Si tratta invero di una considerazione dell'affidamento operata “a valle” dell'annullamento, ma anche di quella più efficace, posto che, secondo un indirizzo della giurisprudenza, quando si tratta di tutelare il territorio, l'annullamento, se non interviene a forte distanza di tempo, è giustificato dal solo interesse al ripristino della legalità: così Cons. Stato, V, 19 settembre 2008, n.4538; Cons. Stato, IV, 12 marzo 2007, n.1189; TAR Sicilia, Palermo, I 7 febbraio 2002, n. 359 in *Foro amm.*, TAR, 2002,727; Cons. Stato, V, 10 marzo 1999, n. 229, in www.lexitalia.it.

⁷⁸ In tema, cfr. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 313 ss.

⁷⁹ Sul punto appare rilevante il principio enunciato della sentenza della IV sez. del Consiglio di Stato n.1189/2007, secondo cui non occorre comparare gli interessi “quando l'annullamento sia derivato da comportamenti del soggetto che hanno indotto ad emanare un atto risultato, poi, illegittimo”.

il cittadino stesso sia posto in condizione di produrre l'effetto già riservato alla fattispecie provvedimentale.

7) *Solleciti dei terzi e decadenza del potere.*

Il potere sanzionatorio, dunque, può essere oggetto di sollecitazione da parte del terzo, che, in questo modo, fa valere il proprio interesse alla effettività della regolazione, senza incorrere di regola nelle limitazioni proprie dell'autotutela.

Sulla base di premesse teoriche non dissimili, incentrate cioè sulla multipolarità della regolazione amministrativa e sul rilievo del terzo, è peraltro possibile⁸⁰ riferire le sollecitazioni dei terzi anche e soprattutto al potere inibitorio.

Anche il potere di controllo e inibizione-conformazione, nei termini in cui risulta configurato dalla legge, può presentare una valenza multipolare, e perciò il c.d. terzo, in quanto preso in considerazione dalla normazione sostanziale e rimediale, dovrebbe avere titolo per sollecitarne l'esercizio: in altri termini, ciò che vale, secondo la lettura sopra riferita, in punto di multipolarità, per il potere sanzionatorio, dovrebbe valere anche per il potere inibitorio.

Un conto è, però, riconoscere al cd. terzo il titolo per stimolare l'esercizio dei poteri inibitori generali per la tutela del suo interesse a che sia inibita un'attività illecita, quando priva dei requisiti e dei presupposti di legge, un altro consentirgli -sul presupposto che i poteri inibitori generali "sono gli unici a contrastare ogni forma di illecità dell'attività oggetto della s.c.i.a., in quanto carente di uno qualunque dei presupposti di legge"⁸¹ - di agire in giudizio per la loro attivazione anche quando il termine per il relativo esercizio sia ormai decorso⁸².

Le sollecitazioni a svolgere le verifiche finalizzate all'esercizio dei poteri di controllo, e che l'amministrazione detiene in base al tempo in cui le situazioni stesse sono avanzate, non avrebbero beninteso l'effetto di rimettere in termini l'amministrazione, ma andrebbero semplicemente ad integrare un presupposto dell'azione sul silenzio⁸³. Tuttavia l'effetto conformativo della pronuncia sul silenzio farebbe poi rivivere il potere consumatosi, con un effetto retroattivo capace di superare anche la preclusione connessa alla attivazione da parte del terzo quando il termine era già spirato.

⁸⁰ Come sostenuto da GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit

⁸¹ GRECO, *o. ult.* cit. 661.

⁸² Sembrano su questa linea, *TAR Lecce*, III, 1937/13; C.S. IV, 5822/13

⁸³ Che risulta così preannunciata, assolvendo ad una funzione analoga al preavviso di ricorso, di cui all'art. 243 bis del codice degli appalti. Così, GRECO, *o. ult.* cit. 664.

Condizione minima, ma non sufficiente, perché la costruzione possa tenere⁸⁴ è che si consideri l'inerzia, di cui al comma 6 *ter*, non riferita al silenzio sulle sollecitazioni, sebbene all'unico procedimento aperto con la s.c.i.a. e che si esaurisce con lo spirare di 30 o 60 giorni: ed al riguardo si argomenta che le sollecitazioni non sarebbero, come la lettera della disposizione sembra invero lasciare intendere, "istanze che aprono altrettanti procedimenti", sibbene richiami, (appunto, sollecitatori) ai doveri d'ufficio, che l'amministrazione detiene indipendentemente da esse.

Ciò produrrebbe di conseguenza una "dissociazione" tra l'oggetto delle sollecitazioni, che non possono avere per oggetto il potere consumato, e l'oggetto della tutela giurisdizionale, che si estenderebbe sempre a tutti i poteri riconosciuti all'Amministrazione⁸⁵.

8) I limiti del potere tra legge, amministrazione e giudice.

Seguendo la pregevole ricostruzione ora sintetizzata la previsione sull'autotutela viene finalmente ricollocata in un ambito condivisibilmente ridimensionato: in tale ottica la lesione del terzo consegue al mancato esercizio della articolata gamma di poteri doverosi riconosciuti all'amministrazione nell'ambito del procedimento messo in moto con la presentazione della s.c.i.a., e "non deriva dal mancato esercizio dei poteri di autotutela"; che, peraltro, se anche si riconoscesse al c.d. terzo il titolo per sollecitarne l'attivazione, potrebbe essere legittimo, tenuto conto del bilanciamento degli interessi. L'autotutela è colta finalmente per quello che è, e cioè per il potere di riesaminare decisioni già assunte, e non per un suo succedaneo deformato, che consentirebbe di far rivivere a condizioni diverse da quelle originarie, poteri dal cui esercizio l'amministrazione è decaduta.

Se, questo modo di vedere le cose dovesse prevalere vedremo infine cadere quella visione, ormai invalsa, incentrata sull'ossimoro s.c.i.a. – autotutela, che fa ruotare quasi per intero la disciplina della segnalazione, che è un atto privato, intorno alla logica dell'autotutela, istituto, quest'ultimo, che riguarda le sole manifestazioni attive, espresse o tacite, dell'amministrazione.

Permangono tuttavia taluni profili di criticità, a cominciare da quelli sollevati dal tenore letterale dell'art. 19, co. 6 *ter*, il quale depone nel senso che il silenzio si forma

⁸⁴ Così lo stesso Greco, *o. ult.* cit. 663

⁸⁵ GRECO, *o. ult.* cit. 664.

sulle sollecitazioni del privato, e non sul procedimento aperto con la presentazione della s.c.i.a.⁸⁶

Ma ciò che risulta più difficile condividere è l'idea che un potere consumato per l'amministrazione che ne è titolare possa rivivere nell'interesse del terzo e ad opera del giudice.

La natura multipolare della regolazione amministrativa in particolare, è dichiaratamente alla base sia dell'idea che rifiuta il condizionamento alla logica dell'autotutela dei poteri sanzionatori-repressivi, sia, in termini meno espliciti, di quella, ora in esame, ancor più radicale nel valorizzare del modo di vedere le cose proprie del diritto amministrativo, e che sostiene l'ultrattività del potere inibitorio generale per effetto della pronuncia del giudice, quando un terzo ne abbia chiesto l'attivazione, mediante sollecito sfociato in un ricorso contro l'inadempimento.

La differenza tra le due prospettazioni investe la stessa decifrazione del potere inibitorio generale, che, per la prima ricostruzione⁸⁷, atterrebbe alla sola relazione segnalante – amministrazione, senza investire i terzi, e che invece viene trattato alla stessa maniera degli altri poteri, e della regolazione dell'attività privata in genere, nella seconda prospettiva.

Senza poter qui approfondire il merito della proposta distinzione tra un interesse pubblico “puro” ed un interesse generale che tiene conto degli interessi dei singoli, si deve notare come in realtà il cd. interesse pubblico, altro non è di norma se non un insieme di interessi privati⁸⁸; cosicchè risulta difficoltoso isolare oggi i casi di interesse pubblico “puro”.

Come che sia, per come sono formulate le disposizioni sostanziali e processuali che lo contengono e lo presuppongono, sembra che lo stesso potere inibitorio generale sia configurato come un potere dettato anche a tutela dei c.d. terzi, che perciò hanno titolo per invocarne l'esercizio in sede procedimentale e giudiziale⁸⁹.

⁸⁶ Se così fosse, peraltro, il silenzio-inadempimento tornerebbe ad essere piuttosto simile al silenzio-diniego, “bocciato” dal legislatore.

⁸⁷ TRIMARCHI BANFI, *cit.*, BOSCOLO, *I diritti soggettivi*, *cit.*, che distingue tra il potere inibitorio, proprio del rapporto tra amministrazione e presentatore della dichiarazione, e il potere repressivo – sanzionatorio rilevante anche per i terzi. In giurisprudenza, seguono questa linea, Cons. Stato, V 22 febbraio 2007 n. 948; IV, 4 settembre 2002 n. 4453.

⁸⁸ SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2014, VII ed., 26.

⁸⁹ Altro è, come detto, distinguere la sede (generale o puntuale) nella quale i conflitti tra i diversi poli di interesse vengono risolti, con le eventuali implicazioni in tema di qualificazione delle posizioni soggettive.

L'interesse pubblico è tuttavia affidato alla cura dell'amministrazione sulla base del regime che il legislatore ha prescelto, anche per ciò che riguarda i termini per l'esercizio. Rispetto ad una disciplina così fatta e ad un interesse generale così determinato il terzo non può ottenere più dell'attuazione del diritto obiettivo ed il giudice non può fare più di quanto non possa la stessa amministrazione cui la cura di quell'interesse è affidata, con condizioni e tempi che tengono conto del contemperamento degli interessi operato in sede normativa. Tra questi l'affidamento del segnalante ha un suo specifico rilievo, imponendo un onere di tempestività e dell'azione amministrativa e della eventuale iniziativa in opposizione del terzo.

Nell'equilibrio tra gli interessi che l'art. 19 realizza - in combinazione con le singole discipline delle diverse attività - la posizione del terzo risulta espressamente considerata, anche attraverso la definizione degli strumenti di reazione e di sollecito.

Nell'ambito di un tale disegno, se al diretto interessato si chiede un'assunzione di responsabilità ai fini della semplificazione dell'avvio dell'attività, sembra ragionevole che al terzo si richieda di coltivare il suo (eventuale) interesse contrario mediante iniziative da promuovere nel segno della rapidità, che gli impongono una particolare diligenza ma che non sembrano impossibili da attivare nei 60 giorni dall'inizio di una nuova attività, contestuale alla presentazione della segnalazione⁹⁰. Anche in campo edilizio, contrariamente all'opinione comune, che ribadisce regole pensate per la diversa ipotesi in cui l'attività sia stata autorizzata con un provvedimento⁹¹, è da ritenersi che chi vanta un potenziale interesse contrario sia tenuto, anche in ragione dell'obbligatoria pubblicità che si deve dare al "titolo", a sollecitare tempestivamente l'intervento di controllo da parte dell'amministrazione, che ha carattere doveroso e potrebbe scongiurare il potenziale danno temuto dal terzo⁹².

⁹⁰ Dall'avvio di una nuova attività produttiva non è difficile avvedersi, ma, sul piano della pubblicità degli atti, la s.c.i.a. andrebbe, peraltro, sotto questo specifico profilo, equiparata alle autorizzazioni o concessioni che, ai sensi dell'art. 23 lett.a D.Lgs. 14 marzo 2013 n.33, devono essere pubblicate sul sito istituzionale dell'amministrazione. Fermo restando che, nei singoli settori (e in quello edilizio in particolare) esistono già specifici obblighi di pubblicazione del "titolo".

⁹¹ Cfr. Ad. Plen. N.15/11, cit., 15, cif., 2011 e in dottrina, tra gli altri, GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit. 669, ss..

⁹² L'uso della terminologia utilizzata dall'art. 688 ss. C.p.c. "procedimenti di nuova opera e di danno temuto" può valere anche a richiamare le regole in quel caso vigenti sia ai fini della delimitazione dei soggetti legittimati, che devono essere (potenziali) controinteressati in senso tecnico, sia ai fini della non rilevanza dell'attualità della lesione (cfr. Cass. 30 luglio 1988 n.4802)

D'altronde, ove ciò per qualche motivo non accada⁹³, il terzo potrà pur sempre agire per la tutela dei suoi diritti davanti al giudice ordinario ovvero sollecitare l'amministrazione ad esercitare i poteri "residui", la cui estensione è tutt'altro che trascurabile ed appare utile ad impedire le prosecuzioni di attività avviate sulla base di dichiarazioni travisate ovvero in contrasto con interessi sensibili, e potrà consistere nell'irrogazione di sanzioni, anche con effetti ripristinatori, previste nelle ipotesi equiparabili ai casi di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità da esso⁹⁴.

E' la legge a delineare i contorni del potere, definendone condizioni, limiti e termini, ed in questo modo ripartisce i "costi sociali" delle scelte politiche, nel caso di specie della scelta semplificatrice.

Il giudice, chiamato all'attuazione del diritto obiettivo sull'azione del terzo, non può perciò far rivivere un potere esauritosi per mancato esercizio quando la legge ne abbia previsto il carattere temporaneo in ragione della ripartizione dei costi sociali prodotti dall'utilizzo del modello.

L'effetto conformativo⁹⁵ si produce facendo rivivere il potere solo se il terzo si è attivato entro il termine: unicamente in questo caso la pronuncia del giudice, ancorché intervenuta a termine scaduto, può avere effetti retroattivi, laddove negli altri casi incontra il "limite esterno" costituito dalla decadenza del potere per il decorso di termini perentori⁹⁶. L'azione per attivare il potere generale di inibire l'attività può dunque essere proposta soltanto qualora il terzo abbia sollecitato entro il termine l'esercizio del potere: la tutela accordata costituisce il fedele riflesso della configurazione del potere e delle situazioni soggettive coinvolte, e perciò anche i canoni costituzionali possono dirsi rispettati. In caso contrario, al giudice amministrativo si affiderebbe il potere di far rivivere un potere già esaurito, producendo anche una sorta di "dissociazione" tra l'oggetto delle sollecitazioni e

⁹³ Ed anche per l'ipotesi in cui, ancora una volta, gli inconvenienti pratici legati alla soluzione proposta dovessero prevalere sulle ragioni di sistema.

⁹⁴ Sulle diverse possibili interpretazioni dell'art. 21, cfr. BOSCOLO, *Commento all'art. 21*, in M.A. SANDULLI, e cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2011, 821 ss.; PULITANÒ, *Commento all'art. 21*, in ITALIA, BASSANI, a cura di, *Procedimento e diritto di accesso agli atti amministrativi*, Milano, II, 507 ss.)

⁹⁵ GALLO, cit., il quale richiama una risalente giurisprudenza sull'annullamento dell'atto negativo di controllo che farebbe rivivere l'originario potere da esercitare entro un termine di decadenza

⁹⁶ LIGUORI, *Annullamento dell'atto negativo di controllo: decadenza del potere o del processo?*, Commento a Cons. Stato, V, 8 luglio 1995, n. 1034 in *Dir. proc. amm.*, 1996, 719.

l'oggetto della tutela giurisdizionale⁹⁷, e dando vita ad un sistema di tutela che appare in verità sbilanciato sul versante del giudice amministrativo, sul quale ancora una volta vengono scaricate tutte le tensioni di un sistema che vive una incerta e confusa fase di trasformazione.

Seguendo questa linea si verificherebbe peraltro una radicale metamorfosi dello stesso giudizio sul silenzio, posto che si tratterebbe di un giudizio su un potere non più nella sfera di disponibilità dell'amministrazione⁹⁸, laddove era stato ideato e disciplinato come un giudizio su un potere non esercitato ed in perdurante titolarità dell'amministrazione.

Appare piuttosto improbabile che il sistema coerentemente ricostruito sulla base di una così sofisticata e innovativa lettura possa rivelarsi in accordo con il canone della semplicità e con la logica della semplificazione. E non mi riferisco tanto alle argomentazioni, che possono essere ovviamente le più raffinate, ma alla ricostruzione dei rapporti tra cittadini, amministrazione e giudice.

Il modello a controllo successivo è un ibrido da governare, riducendo al minimo le contraddizioni tra l'istanza della libertà del privato e l'esigenza di effettività della regolazione amministrativa. E' stato a lungo un fertile terreno di sperimentazione, che è valso a chiarire anche non pochi essenziali profili di diritto amministrativo generale, (atto ricognitivo e posizioni soggettive implicate; ammissibilità dell'azione di accertamento, ecc.) ma la semplificazione deve diventare anche una sorta di canone ermeneutico. Nel senso che si deve orientare l'interpretazione verso la soluzione meno gravosa per il cittadino, anzitutto per il cittadino che intraprende, e che si manifesta come la più semplice dal punto di vista strutturale e funzionale, ed anche della comprensibilità da parte degli operatori, anche di altri paesi.

In caso contrario il fallimento della s.c.i.a. come misura di punta della semplificazione dovrà indurre a riflettere anche sull'utilità di un dibattito teorico che non è riuscito ad aiutare la mosca a uscire dalla bottiglia⁹⁹.

⁹⁷ GRECO, *o. ult. cit.* 664.

⁹⁸ GRECO, *o. ult. cit.* 665.

⁹⁹ Un secolo prima che prendesse forma la celebre immagine dell'autore del "Tractatus logico-philosophicus", Giacomo Leopardi, oggi riconosciuto tra i maggiori pensatori italiani, così scriveva: "E veramente, se il soggetto principale delle lettere è la vita umana, il primo intento della filosofia ordinare le nostre azioni; non è dubbio che l'operare è tanto più degno è più nobile del meditare e dello scrivere, quanto è più nobile il fine che il mezzo, e quanto le cose e i soggetti importano più che le parole e i ragionamenti". *Il Parini ovvero dalla gloria*, in *Operette morali*, BUC, 2012, 110.

Andrebbe pure evitata, mi permetto ancora di aggiungere, l'esuberanza degli aggettivi, che possono minare la forza dei sostantivi cui vengono accostati: se una liberalizzazione è temperata o l'autotutela è ibrida o atipica siamo ben lontani dalla semplicità e dalla chiarezza che l'ordinamento internazionale ed interno intendono perseguire.

In questa chiave l'autotutela altro non dovrebbe essere che il potere di riesaminare i provvedimenti già eventualmente emanati e non il potere inibitorio, anch'esso ibridato, giacché il suo esercizio viene condizionato dalla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, dalla ragionevolezza del termine in cui interviene e dalla considerazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati (argomento ex art.21-*nonies*)¹⁰⁰; allo stesso modo la logica dell'autotutela non dovrebbe "contaminare" il potere sanzionatorio, per sua natura doveroso e vincolato; e così l'oggetto del giudizio sull'obbligo di provvedere non dovrebbe essere diverso ("dissociato") dall'oggetto dei solleciti dei terzi che lo hanno originato; ed ancora lo stesso giudizio, in quanto volto ad accertare l'obbligo per l'amministrazione di esercitare un potere nella sua disponibilità, non dovrebbe essere trasformato in una sua versione alterata al fine di attribuirgli la capacità di riesumare poteri già estinti; e la stessa semplificazione, infine, non dovrebbe mutarsi nel suo opposto, o almeno non dovrebbe essere così tortuosa come fin qui è accaduto nello strano caso della d.i.a.-s.c.i.a..

¹⁰⁰ Così, GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.*, cit., 646.