

SCIA e tutela del terzo al vaglio della Corte costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?

1-. La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 15/2011 e il suo preteso superamento.

Val la pena di riprendere il discorso della tutela del terzo nella SCIA, a partire dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 29 luglio 2011 n. 15. Con la quale, com'è noto, è stata accolta la tesi¹ che, con riferimento all'inerzia dell'Amministrazione in ordine ai poteri inibitori e ripristinatori "puri", "ordinari" o "doverosi" (come sono stati di volta in volta qualificati), si formi un silenzio-diniego.

Infatti, *"ai fini dello scrutinio delle tecniche di tutela praticabili dal terzo si deve allora approfondire la questione della natura giuridica del silenzio osservato dall'amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio.*

*Riprendendo le considerazioni in precedenza svolte sule tema, detto silenzio si distingue dal silenzio rifiuto (o inadempimento) in quanto, mentre quest'ultimo non conclude il procedimento amministrativo ed integra una mera inerzia improduttiva di effetti costitutivi, il decorso del termine in esame pone fine al procedimento amministrativo diretto all'eventuale adozione dell'atto di divieto; pertanto, nella fattispecie in esame, il silenzio produce l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge. In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentoale, il silenzio di che trattasi, produce l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio"*².

¹ Esposta nel contributo "La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?", in *Dir. proc. amm.* 2011, pag. 359 e ss.

² Continua la sentenza come segue: "Che detta inerzia costituisca un silenzio significativo negativo lo si ricava anche dalla considerazione che l'attivazione di un procedimento doveroso finalizzato all'adozione della determinazione inibitoria implica l'esistenza di un potere il quale, all'esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'attività denunciata, può naturalmente essere speso tanto in senso positivo, con l'adozione dell'atto espresso di interdizione, quanto con una determinazione negativa tacita alternativa all'esito provvedimentoale espresso. Trattasi, quindi, di un provvedimento per silentium con cui la p.a., esercitando in senso negativo il potere inibitorio,

Le conseguenze di detto inquadramento comportavano che il terzo potesse accedere facilmente alla tutela giurisdizionale, attraverso una ordinaria azione di impugnazione, da esercitare nel termine canonico dei 60 giorni (dalla piena conoscenza dell'atto lesivo tacito). Ma l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di poter arricchire l'ambito della tutela del terzo anche con un'azione di accertamento e di condanna dell'amministrazione all'esercizio del potere inibitorio: anticipando così la previsione dell'azione di adempimento, che il legislatore ha infatti introdotto poco tempo dopo.

La soluzione accolta dal Consiglio di Stato è stata criticata da una parte della dottrina sul versante della ricostruzione sostanziale dell'istituto³, ritenuta *démodé* e, tutto sommato, politicamente non corretta. Mentre è stata per lo più considerata apprezzabile nelle sue implicazioni processuali e, cioè, sul versante della tutela giurisdizionale del terzo⁴, salvaguardando nel contempo l'affidamento del segnalante ad un rapido consolidamento della propria posizione.

riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata.

La disciplina in esame può essere accostata a fattispecie concettualmente analoghe, con particolare riguardo a quelle prese in esame dall'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'impugnabilità, da parte dei terzi controinteressati, dei c.d. provvedimenti negativi, con cui l'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di esercitare il proprio potere interdittivo o sanzionatorio (Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597; 3 febbraio 2005, n. 280).

Sul piano delle situazioni soggettive detto atto tacito consolida l'affidamento del denunciante circa la legittimazione allo svolgimento dell'attività, lasciando detto soggetto esposto al rischio del più limitato potere di autotutela. Al tempo stesso il silenzio frustra l'interesse pretensivo del terzo, portatore di una posizione differenziata e qualificata, ad ottenere l'adozione del provvedimento interdittivo nel rispetto del principio di imparzialità dell'azione amministrativa.

Detto silenzio significativo negativo si differenzia dal silenzio accoglimento (o assenso) di cui all'articolo 20 della legge n. 241/1990 perché si riferisce al potere inibitorio mentre il silenzio assenso presuppone la sussistenza di un potere ampliativo di stampo autorizzatorio o concessorio che nella specie si è visto non ricorrere. Ne consegue che mentre nel silenzio assenso il titolo abilitativo è dato dal provvedimento tacito dell'autorità, nella fattispecie in esame il titolo abilitante è rappresentato dall'atto di autonomia privata che, grazie alla previsione legale direttamente legittimante, consente l'esercizio dell'attività dichiarata senza il bisogno dell'intermediazione preventiva di un provvedimento amministrativo.

Va ancora osservato che la qualificazione del silenzio in parola alla stregua di atto tacito di diniego del provvedimento inibitorio chiarisce la portata del richiamo dell'articolo 19, comma 3, della legge n. 241/1990 alle disposizioni di cui all'art. 21 quinquies e 21 nonies in quanto l'esercizio del potere di autotutela si traduce nel superamento della precedente determinazione favorevole al denunciante.

Da ultimo, la qualificazione del silenzio in esame come provvedimento tacito, onerando il terzo portatore dell'interesse pretensivo leso al rispetto del termine decadenziale di impugnazione, soddisfa l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici ed il principio comunitario di tutela dell'affidamento legittimo del denunciante consolidatosi a seguito del decorso del tempo³.

³ Cfr., ad esempio, E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità dell'azione nel processo amministrativo (a proposito di Ad. Plen.15/11)*, in *Dir. Amm.* 2011, 165 ss. Della stessa autrice si veda la parte sulla SCIA, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino 2016, pag. 650, ove parla di "fizionistici ritorni al superato regime provvedimentale".

Critico è stato anche 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, pag. 193 e ss., che peraltro ha ritenuto di prendere spunto dal diritto europeo. Si vedano anche M. RENNA-A. GIANNELLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (art. 22 TUED)*, in *Riv. Giur. Urbanistica*, 2014, pag. 746 e ss., che si basano sul carattere tassativo delle fattispecie di silenzio diniego.

⁴ Cfr. F. MERUSI, *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, in *Giur. It.*, 2012, 435 e ss., che, dopo aver criticato la finzione del provvedimento tacito di diniego, ha riconosciuto che "la soluzione è senz'altro apprezzabile perché permette di garantire appieno la pretesa del cittadino ad essere tutelato da parte della pubblica amministrazione contro "liberalizzazioni" illegittime".

Ma soprattutto detta soluzione non è stata gradita dal Governo, che si è precipitato ad emettere il D.L. 13 agosto 2001, n. 138, introducendo così (art. 6) il comma 6 ter all'art. 19 della Legge 241/90. Comma 6 *ter* che ha, com'è noto, il seguente tenore precettivo: “*La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2, e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*”.

La prima parte della citata disposizione ha inteso chiarire, ciò che per la verità era già acquisito. E cioè che gli atti di segnalazione, denuncia e dichiarazione di inizio attività non sono atti amministrativi, in quanto manifestazione di autonomia privata del segnalante, del denunciante, ecc. e non esercizio privato di pubbliche funzioni (che non esistono, nella fase iniziale e privatistica della procedura).

La seconda parte della disposizione, viceversa, ha inteso superare la soluzione ricostruttiva accolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁵, sostituendo l'impugnazione del silenzio diniego con una iniziativa sollecitatoria dell'interessato, che può poi portare ad una risposta dell'Amministrazione o ad una azione “*esclusivamente*” avverso il silenzio inadempimento. Il che è apparso rassicurante per l'Amministrazione, che non potrebbe subire azioni del terzo, se non previa espressa sollecitazione ad intervenire.

E in realtà le ragioni di tale estemporaneo intervento normativo non pare siano state di tipo dommatico (ad esempio, per mancanza di una chiara qualificazione normativa del silenzio). Pare scontato, viceversa, che esso sia stato spinto dal timore che, di fronte ad un silenzio diniego (e dunque ad un silenzio parificato ad atto amministrativo tacito di segno negativo), l'amministrazione si assumesse la responsabilità tipica dei poteri esercitati, laddove, prevedendo una espressa sollecitazione ad intervenire, si sarebbe potuto evitare ogni pregressa responsabilità per mancato esercizio dei poteri repressivi, di cui al primo periodo del 3^o comma, pur in presenza di una (attività oggetto di) SCIA, non conforme ai requisiti di legge.

⁵ Almeno così è stato pressoché unanimemente interpretato (anche da chi scrive) l'avvento del citato comma 6 *ter*. Cfr., per tutti, W. GIULIETTI e N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, pag. 935.

Per la verità tale superamento non era affatto scontato. Infatti, il comma 6 *ter* disciplina una fattispecie diversa (silenzio eventualmente serbato su “sollecitazione” del terzo interessato), mentre il potere inibitorio e ripristinatorio, da esercitare nei primi 60 giorni (o 30 giorni, in materia edilizia, ora ex comma 6 *bis*), è doveroso, in mancanza dei requisiti della SCIA, e prescinde da sollecitazioni di parte.

Va sottolineato peraltro che, indipendentemente dalla questione se il citato comma 6 *ter* avesse di per sé superato l'interpretazione del silenzio diniego, detto intervento normativo non ha confutato affatto l'impostazione logica, sulla quale si è mosso anche in Consiglio di Stato. E cioè che la posizione del terzo è di interesse legittimo pretensivo all'esercizio di poteri inibitori e ripristinatori, mentre quella del segnalante è di interesse legittimo oppositivo: è risultata così confermata la profonda, ma speculare, diversità strutturale con la fattispecie del silenzio-assenso, dato che la disciplina della SCIA non contempla poteri autorizzatori o in genere ampliativi a vantaggio di quest'ultimo⁶.

Non è il caso poi di sottolineare quanto la soluzione imposta dal comma 6 *ter* fosse incoerente con il quadro normativo dell'epoca, che prevedeva pur sempre un potere di autotutela su atti preesistenti (mentre, una volta escluso il silenzio diniego sul mancato esercizio dei poteri di cui al comma 3, primo periodo, tale autotutela risultava priva di oggetto). Quel che rileva è che, una volta abbandonata la ricostruzione del silenzio-diniego, il tema della tutela del terzo ha dato luogo ad una serie infinita (e intollerabile) di incertezze interpretative e applicative.

Ne è testimonianza tangibile la recente ordinanza del T.A.R. Toscana⁷ di remissione alla Corte costituzionale della questione relativa alla mancanza di un termine, entro il quale il terzo interessato possa attivare il meccanismo previsto dal comma 6 *ter*. Infatti, ritenendo che la tutela del terzo debba necessariamente passare per tale istituto, il TAR Toscana ha considerato costituzionalmente illegittima la mancanza di detto termine, che espone il segnalante (e cioè chi si è avvalso della SCIA) alle contestazioni del terzo senza limite di tempo.

*

2-. La pretesa del terzo e i poteri dell'Amministrazione.

In tale contesto il primo problema che si è posto all'interprete è stato quello di stabilire a quale potere amministrativo debba riferirsi la pretesa del terzo e la relativa tutela: si tratta dei poteri inibitori e repressivi vincolati, già previsti dal primo periodo del comma 3 dell'art. 19⁸, ovvero dei poteri di autotutela⁹, di cui si è fatto cenno?

⁶ In senso contrario, in quanto il terzo mirerebbe alla conservazione dello *status quo ante*, L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.C.I.A. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6 ter della legge 241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pag. 237.

⁷ Sez. III, 11 maggio 2017, n. 667.

⁸ La tesi che il terzo possa attivare sempre e comunque il potere inibitorio doveroso dell'amministrazione è stata sostenuta da TAR Piemonte, Sez. II, 1.7.2015, n. 1114; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 30.11.2016, n. 2274; id., 15.4.2016, n. 735; id., 21.1.2014, n. 2799; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 5.3.2015 n. 1410; TAR Veneto, Sez. II, 12.10.2015, n. 1038 e n. 1039.

La prima ipotesi si imbatte nell'ostacolo costituito dal fatto che i poteri di cui il terzo lamenterebbe il mancato esercizio si consumano rapidamente (dopo i primi 60 giorni dalla presentazione della S.C.I.A., ovvero dopo i primi 30 giorni per la S.C.I.A in materia edilizia, ai sensi, ora, del comma 6 bis). Sicché che senso avrebbe “*sollecitare l'esercizio delle verifiche*” (previste dal comma 6 ter), se queste non possono più portare all'esercizio dei poteri inibitori (vincolati), di cui si è detto?

La seconda ipotesi configura una tutela del terzo attenuata, dato che essa passa da una pretesa all'esercizio di una attività vincolata (tale è quella di cui si è detto) ad una pretesa all'esercizio di una attività discrezionale (come sempre avviene nei poteri di autotutela).

Dico subito che non condivido, né ho mai condiviso¹⁰, la tesi, pur autorevolmente sostenuta¹¹, secondo la quale il terzo dovrebbe limitarsi a sollecitare i poteri di autotutela e dovrebbe accontentarsi di detti poteri, pur discrezionali e della ulteriore eventuale tutela giurisdizionale contro il loro illegittimo esercizio o contro l'eventuale silenzio inadempimento. Tale assetto di tutela, secondo la giurisprudenza che l'ha sostenuta, sarebbe frutto di un giusto bilanciamento per evitare che siano “*frustrate le ragioni di liberalizzazione e così quelle del soggetto che ha presentato la S.C.I.A.*”.

⁹ La tesi viceversa che, decorso il termine di cui all'art. 19 ter, il terzo possa attivare soltanto il potere di autotutela, è stata sostenuta da Cons. Stato, Sez. VI, n. 4610/2016; id., 22.9.2014, n. 4780; Cons. Stato, Sez. IV, 19.3.2015, n. 1493; TAR Calabria, Sez. I, n. 1533/2016.

¹⁰ Cfr. quanto sostenuto nello scritto “*Ancora sulla S.C.I.A.: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6 ter dell'art. 19 legge 241/90)*”, in *Dir. proc. amm.* 2014, pag. 645 e ss.

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610, cit., che così argomenta: “*In relazione alla natura del potere, un primo orientamento, seguito dalla sentenza impugnata, ritiene che il terzo possa chiedere al giudice di ordinare all'amministrazione di esercitare i poteri inibitori, anche nel caso in cui sia trascorso il termine di trenta (o sessanta) giorni previsto dall'art. 19.*

Un secondo orientamento, che la Sezione ritiene preferibile, assume, invece, che il terzo possa chiedere la condanna dell'amministrazione all'esercizio di poteri che devono aver i requisiti che giustificano l'autotutela amministrativa.

Quest'ultima, calata nell'ambito del procedimento in esame, si connota in modo peculiare perché: i) essa non incide su un precedente provvedimento amministrativo e dunque si caratterizza per essere un atto di “primo grado” che deve, però, possedere i requisiti legittimanti l'atto di “secondo grado”; ii) l'amministrazione, a fronte di una denuncia da parte del terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo e ciò diversamente da quanto accade in presenza di un “normale” potere di autotutela che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto ma anche all'an del procedere.

Tale seconda opzione interpretativa è preferibile in quanto coniuga in modo più equilibrato le esigenze di liberalizzazione sottese alla SCIA con quelle di tutela del terzo. Se quest'ultimo potesse sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione sulle posizioni del provato che è ricorso a questo modulo di azione verrebbero frustrate le ragioni della liberalizzazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei trenta (o sessanta) giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame, potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere. La qualificazione del potere come potere di autotutela costituisce, invece, da un lato, maggiore garanzia per il privato che ha presentato la SCIA, in quanto l'amministrazione deve tenere conto dei presupposti che legittimano l'esercizio dei poteri di autotutela e, in particolare, dell'affidamento ingenerato nel destinatario dell'azione amministrativa, dall'altro, non vanifica le esigenze di tutela giurisdizionale del terzo che può comunque fare valere, pur con queste diverse modalità, le proprie pretese”.

Ma non pare proprio che sia così. La fattispecie sostanziale prevede pur sempre un (temporaneo) potere generale di carattere inibitorio e ripristinatorio di tipo doveroso. E l'interesse del terzo a che detto potere sia esercitato e sia inibita un'attività illecita, perché priva dei requisiti e dei presupposti di legge, deve pur essere tutelato, secondo i ben noti canoni costituzionali.

Tale interesse del terzo, ove assuma -secondo i noti parametri- la consistenza di un vero e proprio interesse legittimo¹² (pretensivo) correlato al potere inibitorio doveroso, sorge, infatti, al momento della presentazione della S.C.I.A. ed è ben altra cosa dall'interesse legittimo correlato all'eventuale esercizio dei poteri di autotutela. Sicché, a meno che non si dica -in frontale contrasto con l'art. 24 della Costituzione- che detto (primo) interesse legittimo sia privo di tutela giurisdizionale, la stessa deve essere comunque garantita.

Viceversa, se la tutela del terzo fosse limitata all'esercizio dei poteri di autotutela, da un lato risulterebbe conculcato detto interesse legittimo, d'altro lato la posizione del terzo (globalmente considerata) risulterebbe gravemente pregiudicata e peggiorata, tenuto conto che nel bilanciamento degli interessi, proprio dell'autotutela, l'amministrazione potrebbe legittimamente giungere ad una decisione di non intervento pur in presenza di una S.C.I.A. priva dei requisiti di legge.

Va soggiunto che il problema non è stato certo superato dalla sopraggiunta modifica riguardante proprio i poteri di autotutela. Come è noto, infatti, il comma 4° dell'art. 19 (così come sostituito dall'art. 6, comma 1, lett. a), della legge 7 agosto 2015 n. 124) statuisce ora che *“Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies”*.

Detta norma, dunque, non richiama più un potere di autotutela su atti (e tanto meno richiama il potere di revoca, di cui all'art. 21 *quinquies* della legge 241). Essa pertanto non presuppone più¹³ (anche se non è incompatibile con¹⁴) la preesistenza di un

¹² Nel senso che la posizione legittimante del terzo deve essere rigorosamente provata e così il pregiudizio che deriva alla sua sfera giuridico-economica dalla mancata repressione dell'attività del segnalante, ritenuta *contra legem*.

¹³ Tant'è che lo stesso Consiglio di Stato in sede consultiva, nel valutare le innovazioni apportate in tema di autotutela, ha ritenuto che *“tale norma [l'art. 21 nonies, n.d.r.] viene...richiamata nel meccanismo della SCIA di cui all'art. 19 con una funzione innovativa, che non può più definirsi di autotutela in senso tecnico, poiché l'autotutela costituisce un provvedimento di secondo grado ed esso appare impossibile nel caso di specie, dove il provvedimento iniziale manca del tutto”* (parere nell'affare n. 433/2016, Adunanza del 15 marzo 2016).

¹⁴ Ci si riferisce ai pochi, ma non rari casi, in cui l'amministrazione si pronuncia espressamente sulla insussistenza dei presupposti per vietare l'attività segnalata, ad esempio archiviando con atto formale la pratica (cfr. per un caso di

atto amministrativo: sicché è venuta meno una delle principali ragioni, che aveva militato in passato per la costruzione del silenzio serbato dall'Amministrazione nei primi 60 giorni come silenzio accoglimento (secondo una tesi poi superata), ovvero come silenzio diniego.

Il nuovo istituto configura viceversa un intervento di amministrazione attiva (e non di secondo grado), che ben si concilia tra l'altro con le già richiamate sollecitazioni, di cui al comma 6 *ter*. Infatti, mentre a stretto rigore un potere di autotutela non è suscettibile di essere attivato su istanza di parte (era questa un'altra incongruenza, cui si esponevano le tesi dirette a circoscrivere la tutela del terzo ai poteri di autotutela), ben si può ritenere oggi che le sollecitazioni a “*l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione*” (comma 6 *ter*) possano riguardare i poteri ora indicati nel comma 4 dell'art. 19.

Tuttavia, trattandosi di poteri inibitori e ripristinatori da esercitare “*in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-nonies*”, gli stessi possono essere espletati solo entro un termine ragionevole, presuppongono la sussistenza di “*ragioni di interesse pubblico*” e devono tener conto “*degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*”. Si tratta, in altri termini, di provvedimenti ampiamente discrezionali, con la conseguenza che il terzo non può avere certo la garanzia che siano esercitati (conformemente alle sollecitazioni), ancorché l'attività del segnalante risulti in contrasto con la disciplina vigente.

Ne deriva che detto potere discrezionale non può fornire idonea tutela al terzo, per le ragioni già esposte. E l'ordinanza del T.A.R. Toscana condivide pienamente tale conclusione¹⁵.

impugnazione di un esplicito provvedimento di archiviazione in un procedimento di D.I.A., Tar Lombardia, Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2552. Cfr. anche Tar Venezia, Sez. II, 12 ottobre 2015 n. 1038).

Si consideri poi la disciplina dettata dalla legge regionale della Lombardia sul governo del territorio (l.r. 12/2005), che all'art. 42 c. 10 statuisce che il responsabile del competente ufficio comunale, “*qualora non debba provvedere*” (con i poteri inibitori “*doverosi*”, di cui si è detto), “*attesta sulla denuncia di inizio di attività la chiusura del procedimento*”. Il che pare puntuale applicazione di quanto previsto dall'art. 2 comma 1 della legge 241/90, che impone il dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

Tutti questi casi non paiono incompatibili con i poteri inibitori discrezionali previsti dal 4° comma dell'art. 19, perché possono essere da questi superati, senza necessità di un *contrarius actus* (come viceversa sarebbe necessario di fronte ad un vero e proprio atto di assenso). Infatti, non vietare oggi (e, si direbbe, “allo stato degli atti”) non significa precludere che, di fronte a più specifici e mirati accertamenti, si possa vietare domani (per questi aspetti, si rinvia a. “*la scia e la tutela dei terzi*”, *cit.*, pag. 374 e ss.).

Va soggiunto infine che anche se così fosse e fosse necessario, per superare il primo atto espresso, un vero e proprio atto di secondo grado, nulla vieterebbe all'Amministrazione di adottare, contestualmente alla misura di cui al comma 4 dell'art. 19, un espresso previo annullamento d'ufficio: essendo identici i presupposti, i due atti sono perfettamente compatibili tra di loro.

¹⁵ Cfr. TAR Toscana, *cit.* punto 6.5, ove si legge che “*la tesi che riconduce l'intervento dell'amministrazione su istanza del terzo al mero potere di autotutela è incompatibile col suddetto principio, poiché subordina integralmente la*

*

3-. Il comma 6 *ter* esclude ogni altra forma di tutela?

Peraltro, se le “sollecitazioni”, di cui al comma 6 *ter* riguardano l’esercizio dei poteri “doverosi” dell’Amministrazione (art. 19, c. 3, primo periodo), la tutela (amministrativa, prima ancora che giurisdizionale) del terzo trova l’ostacolo, già evidenziato, del rapido esaurirsi di detti poteri. Con l’ulteriore implicazione che sarebbero -perché evocativo di poteri ormai consumati- una sollecitazione del privato all’esercizio dei poteri inibitori e ripristinatori doverosi, una volta scaduto il termine di 60 giorni, previsto dal comma 3 dell’art. 19¹⁶.

Il T.A.R. Toscana reputa di poter superare detto problema, sulla base di una particolare interpretazione del comma 6 *ter*, che darebbe luogo ad un nuovo procedimento, che abiliterebbe l’Amministrazione all’esercizio dei poteri repressivi vincolati. Si tratterebbe di “*un procedimento di verifica dei presupposti della SCIA separato ed autonomo rispetto a quello disciplinato dal comma 3 dell’art. 19*”¹⁷.

La questione di illegittimità costituzionale è stata, dunque, proposta sulla base del seguente *iter* argomentativo:

a) la tutela da accordare al terzo deve consistere nell’esercizio dei poteri repressivi doverosi e vincolati dell’amministrazione e non nell’esercizio di poteri discrezionali, mutuati dall’autotutela ex art. 21 *nonies*;

b) la sollecitazione del terzo sarebbe una vera e propria istanza (e non un mero preannuncio di futuro contenzioso¹⁸) e darebbe luogo ad “*un autonomo procedimento di controllo sulla legittimità della segnalazione, il quale deve concludersi, in caso di accertata insussistenza dei presupposti di legge, con un provvedimento di repressione dell’attività abusiva*”¹⁹;

tutela del terzo stesso ad una valutazione discrezionale dell’Amministrazione in ordine alla sussistenza o meno di un interesse pubblico alla rimozione degli effetti della SCIA contestata”.

¹⁶ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 24 e ss., pag.48.

¹⁷ Cfr. T.A.R. Toscana, ordinanza cit., punto 6.1.

¹⁸ Come da me sostenuto in passato (cfr. *Ancora sulla SCIA*, cit., pag. 657 e ss.).

¹⁹ TAR Toscana, cit., punto 11.1. E infatti si tratterebbe di “*una nuova fase procedimentale, all’esito della quale l’amministrazione ha l’obbligo di pronunciarsi con un provvedimento espresso, sia esso di accoglimento (caso della SCIA illegittima) oppure di rigetto (caso della SCIA legittima); nell’ipotesi in cui poi essa rimanga inerte, lasciando inutilmente decorrere il termine di trenta giorni assegnatole, secondo la regola generale di cui all’art. 21 l. n. 241/1990, per la conclusione dei procedimenti amministrativi ad istanza di parte, il terzo potrà proporre l’azione di cui all’art. 31 c.p.a. entro un anno dalla formazione del silenzio*” (punto 8.3.).

c) tuttavia, poiché non sussiste alcun termine per la presentazione di dette sollecitazioni²⁰ (né le varie soluzioni interpretative fornite in giurisprudenza sarebbero idonee allo scopo²¹), il terzo resterebbe libero di presentare l'istanza sollecitatoria senza limiti di tempo, in contrasto con l'affidamento del segnalante ad un rapido consolidamento della propria posizione (e con vari precetti costituzionali che lo tutelano).

Devo dire che, pur condividendo l'impostazione di cui sub a), nutro gravi perplessità sull'interpretazione relativa alla sussistenza di nuovi e autonomi poteri inibitori dell'Amministrazione (di cui al punto b), attivabili ad istanza di parte. E, infatti, indipendentemente dalla mancanza del termine di cui al punto c), quel che pare esorbitante è la configurazione di un ulteriore potere (il terzo, dopo quelli previsti dal comma 3, primo periodo, e dal comma 4 dell'art. 19), in un istituto che dovrebbe essere di (semi)liberalizzazione e di semplificazione.

Tale configurazione attribuirebbe, poi, una posizione del tutto privilegiata al terzo. Che, indipendentemente, ripetesi, dal tempo di reazione, non sarebbe affatto onerato del compito di censurare l'attività oggetto della SCIA (e così il mancato intervento dell'Amministrazione), ma avrebbe il diritto di imporre all'Amministrazione medesima un nuovo esercizio dei poteri inibitori di tipo "vincolato", con indagini da compiere secondo un modello inquisitorio (e senza alcun onere della prova da parte del

²⁰ E' stato, ad esempio, giudicato che "il comma 6 ter allude alla possibilità, per il terzo, di sollecitare la Amministrazione ad adottare, a seguito delle "verifiche" di sua competenza, provvedimenti di primo grado, e non provenienti in autotutela secondaria... il legislatore non ha inteso limitare nel tempo questa facoltà riconosciuta al terzo, evidentemente titolare di una posizione soggettiva qualificata tale da consentirgli di esperire l'azione ex art. 31 c.p.a. ...Nella misura in cui il terzo può, ai sensi del comma 6-ter dell'art. 19 L. 241/90, sollecitare senza limiti di tempo le Amministrazioni queste possono -proprio perché la norma lo consente- esercitare i poteri inibitori, o comunque assumere determinazioni coerenti con la rilevata illegittimità di una S.c.i.a. o di una D.i.a. e della attività intrapresa sulla base di essa, e ciò parimenti senza limiti di tempo" (TAR Piemonte, Sez. II, 1 luglio 2015, n. 1114).

²¹ Per la verità non sono mancate interpretazioni che, pur muovendo all'interno della disciplina del comma 6 ter, sono giunte a diverse e più articolate conclusioni.

E così, secondo un indirizzo seguito dal T.A.R. Lombardia, è stata più volte giudicato che: "a) il terzo può sollecitare in qualsiasi momento l'esercizio del potere inibitorio; b) se la relativa istanza viene inoltrata entro il termine di sessanta giorni decorrente dalla piena conoscenza della DIA/SCIA, l'amministrazione deve esercitare il suddetto potere paralizzando l'attività del denunciante sulla base del mero riscontro dell'illegittimità di quest'ultima (potere inibitorio puro); c) se invece l'istanza del terzo viene depositata dopo il decorso del suddetto termine, l'amministrazione può intervenire unicamente qualora sussistano i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela; d) il terzo può sempre impugnare l'atto con cui l'amministrazione si pronuncia sulla sua istanza (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 15 aprile 2016, n. 735)" (Cfr. T.A.R. Lombardia, sez. II, 5 dicembre 2016, n. 2301, punto 4.2. Cfr. anche T.A.R. Lombardia, sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274).

Tale interpretazione, pur apprezzabile per lo sforzo di fornire un quadro soddisfacente delle posizioni dei vari protagonisti della vicenda, è stata criticata dall'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale per l'applicazione che essa fa di termini processuali a termini (non previsti) per l'attivazione del privato in sede amministrativa (cfr. T.A.R. Toscana, cit., punto 8.2.). E, infatti, altro è un ricorso giurisdizionale, altro è un'istanza procedimentale, che può dar luogo, ove non accolta, alla tutela giurisdizionale: ed è persuasiva la critica che non possono essere applicati alla seconda i termini previsti per la prima.

“sollecitante”), per poi decidere se impugnarne o meno l’esito, anche attraverso l’istituto del silenzio inadempimento.

Ma tale riviviscenza (o risveglio²²) dei poteri vincolati dell’Amministrazione (ad opera dei terzi) non pare proprio che si possa desumere dal comma 6 *ter*. Si tratterebbe di un’interpretazione creativa, ben più ardita di quella che ha indotto il Consiglio di Stato (con riferimento alla fattispecie del comma 3, primo periodo) a parlare di silenzio-diniego, perché in questo caso non si estrapola dalla norma una qualificazione giuridica di una vicenda relativa ad un potere sicuramente esistente, ma si estrapola “*tout court*” un nuovo potere (e un nuovo interesse legittimo), con caratteristiche di tipo vincolato (sussistendone i presupposti), anch’esse non previste dalla norma.

Un nuovo potere, tra l’altro, che risulta difficilmente conciliabile col potere discrezionale del 4° comma dell’art. 19, che, in base alla recente disciplina²³, si esaurisce ora nel termine di 18 mesi²⁴. Che senso ha, infatti, prevedere un termine per tale potere discrezionale, quando poi un nuovo potere vincolato può essere sempre attivato ad opera del terzo?

Il comma 6 *ter* parla di sollecitazioni alle verifiche “spettanti” all’Amministrazione. E dunque richiama poteri già esistenti, che nella specie sono quelli del 3° e 4° comma dell’art. 19.

Se poi tali poteri non sono in grado di assicurare adeguatamente una tutela (in sede amministrativa, prima ancora che giurisdizionale) al terzo, perché il primo si esaurisce nel termine di 60 giorni e il secondo è di tipo discrezionale, ciò non abilita a forzare oltre il consentito il contenuto del comma 6 *ter*. Ma induce semmai a ricercare strumenti di tutela al di fuori del meccanismo (maldestramente) configurato da detta norma²⁵.

Detta in altri termini, ove si ritenga necessario garantire al terzo “*un’azione idonea ad ottenere il risultato della cessazione dell’attività lesiva non consentita dalla legge mediante il doveroso intervento dell’amministrazione titolare del potere di inibizione*” (come si esprime l’ordinanza del T.A.R. Toscana), occorrerà individuare tale azione al di fuori della (e indipendentemente dalla) procedura prevista dal comma 6 *ter*. La quale potrà essere idonea ad attivare (per lo più) i poteri inibitori e ripristinatori

²² In ordine a “*la “possibilità di “risvegliare” i poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori delle Amministrazioni in qualsiasi momento*”, cfr. TAR Piemonte, Sez. II, 1luglio 2015, n. 1114, *cit.*

²³ Si tratta dell’art. 6, comma 1, lett. a) della legge 7 agosto 2015, n. 124.

²⁴ Tale termine non dovrebbe valere nel caso di “*false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni false e mendaci*” (art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*).

²⁵ In tal senso, sembra, E. SCOTTI, in *L’azione amministrativa*, *cit.*, pag. 650.

discrezionali (comma 4[^]), ma non (nella massima parte dei casi, data la ristrettezza dei relativi termini) i poteri inibitori e ripristinatori vincolati (comma 3[^], primo periodo).

Tale diverso percorso è già stato seguito da una parte della giurisprudenza, che, in materia edilizia, ha giudicato che *“la possibilità di “sollecitazione” di cui al comma 6 ter dell’art. 19 [che attiverrebbe l’esercizio del potere di autotutela, n.d.r.] non esclude che il terzo possa e debba esperire autonoma azione di accertamento nel termine decadenziale dell’avvenuta conoscenza della pratica edilizia”*²⁶. In tal caso, infatti, il terzo farebbe valere direttamente *“l’insussistenza dei presupposti”* della DIA o SCIA e così il mancato esercizio dei poteri doverosi, di cui al primo periodo del comma 3.

Si tratta indubbiamente di un’interpretazione soddisfacente sotto il profilo della tutela del terzo (e anche della posizione del segnalante), perché diretta ad applicare alla fattispecie lo stesso termine decadenziale, sussistente ove vi fosse un provvedimento lesivo. Ma in assenza di un provvedimento lesivo (o di un silenzio significativo) detta soluzione incontra l’ostacolo scaturente dall’art. 29 del c.p.a., che ricollega il termine di decadenza di 60 giorni all’azione di annullamento di atti amministrativi e non certo all’azione di accertamento della fondatezza della pretesa (prevista dall’art. 31, c. 3, c.p.a., nel contesto peraltro del silenzio inadempimento).

Occorre dunque approfondire brevemente detti temi, che si muovono, come detto, al di fuori dello schema tracciato dal comma 6 ter, senza essere incompatibili con esso (come meglio si preciserà). E al riguardo non paiono di poco rilievo le ulteriori innovazioni normative intervenute negli anni 2015 e 2016²⁷, che forniscono altri importanti parametri di cui tener conto.

*

4-. L’impugnazione diretta del mancato esercizio del potere inibitorio ordinario.

Si tratta anzitutto di quanto disposto dall’art. 3, comma 1, lett. e), del D.Lgs. 30 giugno 2016, n. 126, che ha aggiunto all’art. 21 della legge 241/90 il comma 2 *ter*.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161, che precisa che *“Peraltro, in ossequio alla regola della certezza dei rapporti giuridici, occorre che detta azione sia rispettosa del termine decadenziale entro cui attivarsi giudizialmente e al riguardo occorre fare riferimento ai principi vigenti in tema di decorrenza del termine per impugnazione dei titoli edilizi, con l’individuazione del relativo dies a quo.*

Nel caso di presentazione di D.I.A. il termine decadenziale per proporre azione di accertamento inizia a decorrere dal momento in cui il controinteressato ha avuto piena conoscenza della dichiarazione di inizio attività in base alla quale l’intervento viene realizzato (Cons. Stato Sez. IV 6/12/2013; Cons. Stato Sez. VI 9/2/2009 n. 717)”.

²⁷ Su di che, anzitutto M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di SCIA, silenzio assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, 17, 2015.

Cfr. anche L. GRISELLI, *Le novità in materia di SCIA in seguito al Decreto Legislativo 30 giugno 2016 n. 126: luci ed ombre*, in *Nuove autonomie*, 2016, pag. 115 e ss.

Statuisce detta norma che: *“La decorrenza del termine previsto dall’art. 19, comma 3, e la formazione del silenzio assenso ai sensi dell’art. 20 non escludono la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nel caso in cui la segnalazione certificato o l’istanza del privato non fosse conforme alle norme vigenti”*.

Con il che risulta superato anche il tentativo di evitare la responsabilità della pubblica amministrazione, decorsi i primi 60 giorni, passando dal silenzio significativo (silenzio diniego) alle “sollecitazioni” del terzo interessato e, eventualmente, al silenzio inadempimento. La responsabilità sussiste comunque, ove non siano stati esercitati i poteri inibitori e ripristinatori, ancorché doverosi in presenza di una S.C.I.A. non conforme alle norme vigenti.

In altri termini è venuta meno la principale ragione che ha indotto a suo tempo il Governo ad optare risolutamente per l’istituto delle “sollecitazioni” e per la figura del silenzio inadempimento, superando la tesi interpretativa del silenzio diniego, accolta dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Se infatti è imputabile al funzionario (e pertanto all’amministrazione) il mancato intervento -e dunque il non aver vietato l’attività non conforme alla legge-, tutto ciò significa che l’inerzia è equiparata, almeno sotto il profilo della responsabilità, ad un atto esplicito, con cui il funzionario medesimo dichiara ad esempio di archiviare il caso, per non aver individuato ragioni idonee all’esercizio dei poteri repressivi.

Tant’è che non vi è differenza, sotto questo profilo, tra inerzia nella SCIA e inerzia nelle fattispecie di silenzio-assenso, la quale ultima è pacificamente equiparata ad un provvedimento amministrativo tacito.

Il che ripropone il problema del carattere significativo o meno dell’inerzia serbata dall’amministrazione in ordine ai suoi poteri doverosi, da esercitare nel primo arco temporale dei 60 giorni. La cui scadenza costituisce un vero e proprio “spartiacque” tra poteri vincolati e poteri discrezionali. Tant’è che il termine di 18 mesi, previsto per questi ultimi, *“decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l’esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell’amministrazione competente”* (art. 2, c. 4, del D.Lgs. 25 novembre 2016, n. 222).

Al riguardo particolare importanza presenta il potere conformativo, previsto sempre dal terzo comma dell’art. 19.

Occorre considerare, infatti, che l’attuale contenuto precettivo del comma 3 dell’art. 19 non si limita a statuire che l’Amministrazione deve adottare, entro 60 giorni (in caso di accertata carenza dei requisiti della SCIA), *“motivati provvedimenti di*

divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa". Ma, a seguito delle innovazioni apportate dalla legge 124/2015 e dal D. Lgs. 126/2016, ha anche previsto che l'Amministrazione, ove possibile, inviti "con atto motivato" il privato a "conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente"; tale "atto motivato" (con il quale viene anche sospesa l'attività intrapresa in caso di attestazioni non veritiere o di pericolo per interessi pubblici particolarmente qualificati) "interrompe il termine" di 60 giorni, che è lo *spatium deliberandi* dei poteri inibitori "ordinari" o "puri".

Se il privato non ottempera, "l'attività si intende vietata". Se viceversa il privato "comunica l'adozione delle suddette misure", il termine di 60 giorni ricomincia e decorre e, quel che più rileva, "in assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata".

Dunque in quest'ultimo caso l'inutile decorso dei 60 giorni non solo ha effetti preclusivi (perché impedisce che i provvedimenti inibitori e repressivi doverosi possano essere adottati in futuro), ma addirittura anche effetti caducatori. In quanto è idoneo a estinguere gli effetti della sospensione già adottata.

E così come nel primo caso "l'attività si intende vietata", nel secondo caso non può che esservi la conclusione opposta (e cioè che l'attività non si intende vietata). Tant'è che, come si è visto, cessano persino gli effetti delle sospensioni eventualmente disposte.

Si tratta dunque di un silenzio che appare francamente significativo. Perché esso significa che i poteri inibitori e ripristinatori doverosi, di cui al primo periodo del comma 3, non sono stati, né saranno, esercitati. E dunque, come si diceva, che l'attività oggetto della S.C.I.A. deve intendersi come non vietata (almeno allo stato degli atti e salvi i successivi provvedimenti inibitori discrezionali, esercitabili nel secondo ambito temporale di 18 mesi).

Un silenzio, in altri termini, produttivo di effetti propri, immediatamente e direttamente lesivi della posizione del terzo, che in ipotesi sia legittimato a far vale l'illiceità dell'attività oggetto della SCIA. E produttivo di effetti identici a quelli che scaturirebbero da un atto espresso (ad esempio, di archiviazione²⁸), che è sicuramente impugnabile negli ordinari termini di decadenza²⁹.

²⁸ Cfr. *supra* nota 14.

²⁹ Sicché sarebbe irragionevole e motivo di non giustificata disparità di trattamento una diversa disciplina dei mezzi di tutela.

Si tratta, in ogni caso, di un silenzio ben diverso dal silenzio inadempimento, che non fa venir meno il dovere di pronunciarsi dell'Amministrazione e che lascia l'Amministrazione libera di determinarsi in senso positivo o negativo (da qui il suo carattere non significativo). E diverso dal silenzio inadempimento anche sotto il profilo della responsabilità, perché nel caso del silenzio inadempimento vi può essere solo la responsabilità da ritardo (art. 2 *bis* legge 241/90) o l'indennizzo automatico, mentre nel nostro caso la responsabilità può riguardare tutte le conseguenze del mancato intervento inibitorio su attività non conformi alla disciplina vigente.

Ora un silenzio di tal fatta è equiparabile a un provvedimento tacito (nel nostro caso di tipo negativo)? Si può individuare nella disciplina tratteggiata una qualificazione normativa in tal senso, tale da soddisfare le esigenze di tassatività della figura?

Se si risponde positivamente (come mi pare lecito e consentito³⁰), si ritorna l'assetto delineato dall'Adunanza Plenaria del 2011, con tutte le conseguenze (tutto sommato, soddisfacenti) in tema di tutela del terzo, senza conculcare oltre il dovuto la posizione del segnalante. E si ripristina una perfetta simmetria tra detto silenzio e il silenzio assenso, che pure il citato art. 21, comma 2 *ter*, della legge 241/90 pare presupporre: nel senso che entrambi i silenzi sono provvedimenti, ma speculari e di segno opposto.

Ma se si risponde negativamente (anche solo perché il silenzio-diniego sia considerato "inelegante", ovvero perché le simmetrie sono oggi viste con

Cfr. anche il TAR Toscana, ordinanza cit., ma con riferimento questa volta agli atti espressi di assenso in materia edilizia: "A ciò si aggiunga che, con specifico riguardo alla materia edilizia, la suesposta soluzione normativa dà luogo ad un'irragionevole disparità di trattamento dei privati il cui intervento sia assoggettato, rispettivamente, al regime della SCIA ovvero a quello del permesso a costruire, ponendo ulteriore questione di violazione dell'art. 3 Cost.

Invero, com'è noto, in quest'ultimo caso lo strumento di tutela azionabile dal controinteressato è l'azione di annullamento del titolo abilitativo eventualmente rilasciato al richiedente. In tale ipotesi, dunque, l'affidamento di quest'ultimo è garantito dalla previsione del termine di decadenza generale di sessanta giorni per l'esperimento della suddetta azione, decorso il quale il permesso diventa inoppugnabile e l'aspettativa del richiedente stesso si consolida definitivamente (almeno nei confronti dei controinteressati).

Viceversa, in caso di SCIA, l'art. 19 comma 6 *ter* codifica il principio opposto: di fronte ai terzi lesi dall'iniziativa segnalata, l'interesse del segnalante alla prosecuzione di quest'ultima non si consolida mai e, al contrario, recede sempre a fronte della pretesa dei terzi stessi alla rimozione dell'attività per essi lesiva.

Orbene, pur non potendosi predicare la necessaria parificazione delle tutele del segnalante e del soggetto richiedente il permesso di costruire, data la notevole differenza dei citati meccanismi abilitativi, è pur vero che tale diversità non giustifica la totale pretermissione (ma casomai il diverso bilanciamento) dell'affidamento maturato in capo all'autore della SCIA. Pena il crearsi di un'irragionevole disparità di trattamento tra posizioni soggettive aventi contenuto (se non analogo, quantomeno) affine.

Da quanto sopra deriva, ad avviso di questo Tribunale, la violazione dei principi costituzionali sopra richiamati" (punto 11.1).

³⁰ Infatti, provocando l'estinzione della sospensione eventualmente disposta si realizza *ex lege* un assetto di rapporti di segno opposto, diretto a non paralizzare, né a impedire l'attività oggetto della S.C.I.A.: il che vale *a fortiori* nel caso in cui la sospensione di cui si è detto non sia stata neppure adottata.

sospetto), non per questo le conseguenze in termini di tutela devono necessariamente essere diverse.

E infatti l'inattività dell'Amministrazione nei primi 60 giorni, in assenza dei requisiti di legge della SCIA, se si ritiene non equiparabile ad un provvedimento tacito, non è d'altra parte equiparabile al silenzio-inadempimento come si è visto. Sicché sarebbe fuori luogo applicare il relativo regime, in ordine al termine di decadenza dell'azione (un anno), che esporrebbe il segnalante (il più delle volte³¹) ad un periodo estremamente lungo per il definitivo consolidamento della propria posizione.

Viceversa trattandosi di fenomeno (ritenuto) non provvedimentale, ma con effetti identici a quelli provvedimentali (e quindi un *tertium genus* tra silenzio provvedimentale e silenzio inadempimento), logica vorrebbe in questo caso una configurazione della tutela, che tenga conto di detta peculiarità. E, dunque, l'applicazione di un'azione di accertamento della fondatezza della pretesa (ex art. 31, c. 3, c.p.a.), in mancanza dell'atto provvedimentale, ma con un termine di decadenza di 60 giorni, dato che gli effetti lesivi risultano analoghi a quelli di un provvedimento vero e proprio.

Certo, a quest'ultimo proposito sussiste il limite costituito, come si è già accennato, dall'ambito precettivo dell'art. 29 c.p.a. (che riguarda l'azione di annullamento). E tuttavia tale limite potrebbe essere superato, se si cambia la prospettiva (tradizionale e storica) da cui tale norma muove e la si interpreta dando rilievo alla posizione sostanziale lesa, più che all'atto lesivo.

In tal caso si potrebbe agevolmente rilevare che, decorso inutilmente il termine di cui al comma 3 dell'art. 19, la lesione del terzo, ove l'attività del segnalante sia *contra legem*, risulta compiutamente realizzata. Perché, in tema di interesse legittimo pretensivo, omettere l'esercizio di un potere, che contestualmente risulta esaurito, significa proprio produrre gli stessi effetti (attuali e tendenzialmente definitivi), che deriverebbero da un provvedimento lesivo (nel senso che il bene della vita non potrebbe più essere conseguito attraverso l'esercizio di quel potere).

³¹ Anche perché le attività assentite con la SCIA sono normalmente assoggettate a termini di decadenza e devono pertanto essere iniziate sollecitamente. Non si può escludere, peraltro, che, anche a causa di tatticismi del segnalante, il terzo possa venire a conoscere la vicenda anche oltre il termine di un anno dallo scadere del mancato esercizio dei poteri inibitori doverosi: anche per tale aspetto l'applicazione del regime del silenzio inadempimento non pare adeguato allo scopo.

Se si reputa di poter legittimamente operare tale interpretazione estensiva dell'art. 29³², l'azione di accertamento del terzo dovrebbe essere proposta nel termine canonico di 60 giorni dalla piena conoscenza (non della SCIA, ma) della mancata applicazione dei poteri doverosi di cui si è detto. Il che da un lato dovrebbe mettere il segnalante al riparo da azioni esercitabili in qualunque momento³³, e d'altro lato, dovrebbe porre il terzo interessato al riparo da decadenze per vicende mai conosciute³⁴.

Decorso tale termine, rimarrebbe al terzo ancora la possibilità di sollecitare le verifiche, di cui al comma 6 ter, e dunque i poteri discrezionali, di cui al 4^o comma dell'art. 19. Ma ciò solo entro il termine complessivo dei 18 mesi dalla scadenza del termine di cui al 3^o comma, perché come si è accennato non si può pretendere l'esercizio di poteri non più intestati all'Amministrazione.

Se si condividono siffatte considerazioni, si potrà ritenere che sussiste un'interpretazione adeguatrice dell'intera fattispecie, suscettibile di superare gli scrupoli di legittimità costituzionale sollevati dal T.A.R. Toscana. Infatti si può pervenire ad una conclusione compatibile coi precetti costituzionali, sia operando sul versante della fattispecie sostanziale, sia sul versante del termine processuale.

Se, viceversa, si reputino non percorribili né la strada del silenzio-diniego, né quella del silenzio non provvedimentale (ma con una lesione analoga a quella derivante da provvedimento e con l'applicazione, dunque, degli ordinari termini di decadenza), non resta che auspicare che la Corte costituzionale voglia accogliere il rinvio pregiudiziale operato dal T.A.R. Toscana. Ma nella consapevolezza che, pur imponendo un termine alle sollecitazioni del terzo, l'asimmetria tra terzo e segnalante non sarebbe comunque superata, a tutto discapito di quest'ultimo, per le ragioni già enunciate.

Prof. Guido Greco

³² Proprio in materia di DIA o di SCIA si sono registrate varie applicazioni del termine di decadenza a fattispecie non provvedimentali (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550; Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811; Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3742; ecc.).

³³ Restano, per la verità, ulteriori problemi applicativi, per i quali in dottrina sono state proposte varie soluzioni. Cfr. A. NEGRELLI, *Principio di legalità e nuova disciplina della SCIA dopo la legge Madia e i decreti attuativi: ubi lex tacuit, quid iuris*, in *Giustamm*, 2011, n. 3.

³⁴ Anche se l'istituto della piena conoscenza dovrebbe essere adattato alla fattispecie della SCIA, favorendo un'interpretazione oggettiva (piena conoscenza esigibile da un cittadino solerte) e non soggettiva.