

Ancora su s.c.i.a. e tutela del terzo: le questioni irrisolte e le soluzioni prospettate, in attesa della pronuncia della Plenaria.

di Alessandro Auletta

Sommario: 1. Introduzione. 2. La disciplina generale contenuta nell'art. 19 della l. 241 del 1990. 2.1. Le principali discipline di settore: la d.i.a. nel settore edilizio. 2.2. La disciplina in tema di comunicazioni elettroniche. 2.3. Le recenti novità in tema di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili. 3. Le diverse tesi (sulla natura giuridica della d.i.a., oggi s.c.i.a., e quindi) sulle tecniche di tutela sperimentabili dal terzo.

1. Introduzione.

L'ordinanza con cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato chiede all'Adunanza Plenaria¹ un pronunciamento (si spera risolutivo) in ordine alla controversa questione della natura giuridica della d.i.a. (oggi s.c.i.a.), nonché di quella (dalla prima strettamente dipendente) della individuazione degli strumenti di tutela fruibili da parte del terzo, costituisce una proficua occasione per fare il punto della situazione, dovendosi in ciò tener conto non solo dell'evoluzione (per certi aspetti a carattere "episodico") che ha caratterizzato la disciplina generale, ma anche delle principali discipline di settore, con riferimento alle quali peraltro la problematica afferente alla selezione delle tecniche di tutela delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte presenta le medesime (se non ulteriori) criticità. Sempreché l'attesa della pronuncia in questione non abbia lo stesso esito di quella di Estragone e Vladimiro in relazione alla (in quel caso: più volte annunciata) venuta di Godot, come in definitiva è accaduto quando l'aspettativa di un intervento chiarificatore è stata (incautamente) riposta nel legislatore.

2. La disciplina generale contenuta nell'art. 19 della l. 241 del 1990.

La d.i.a. viene per la prima volta disciplinata a livello generale nel nostro ordinamento dall'art. 19 della l. 241 del 1990, norma attraverso la quale il legislatore intendeva dare corso al proposito di "*liberalizzare certe attività private*"². In specie, il primo comma della primigenia versione dell'art. 19 affidava ad un regolamento governativo (da adottarsi ai sensi del secondo comma dell'art. 17 della l. 400 del 1988) la determinazione dei casi in cui "l'esercizio di un'attività privata, subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, può essere intrapreso su denuncia di inizio dell'attività stessa da parte dell'interessato all'amministrazione competente", con la precisazione (contenuta nel successivo quarto comma) che ciò sarebbe stato possibile solo nei casi in cui il rilascio dell'atto di assenso da sostituire attraverso la denuncia privata dipendesse esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e requisiti prescritti, e "senza l'esperimento di prove a ciò destinate", sempre che non fossero previsti limiti o contingenti complessivi, salva in ogni caso la tutela "rafforzata" dei c.d. interessi sensibili. In attuazione di quanto previsto dalla richiamata disposizione, il d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300 precisava il novero: delle attività suscettibili di essere intraprese immediatamente dopo la presentazione della denuncia (all. 1); delle attività "che possono essere intraprese decorso un certo termine dalla denuncia" (all. 2). In ogni caso spettava (e come vedremo spetta ancora) alla p.a. competente il compito di verificare la sussistenza dei presupposti denunciati, provvedendo se del caso a disporre il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti.

Nell'intento di estendere la portata applicativa dell'istituto, la l. 537 del 1993 (art. 2, comma 10) interveniva a modificare l'art. 19, generalizzando la facoltà di sostituire, con atto di auto-amministrazione, autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla-osta, permessi o altri atti d'assenso comunque denominati con riferimento a tutti i casi (non più da individuare *singulatim* con regolamento governativo nell'ambito del *genus* contemplato dal legislatore) in cui l'amministrazione dovesse operare valutazioni rigidamente vincolate. Il riferimento (ai fini dell'esclusione della sostituibilità con d.i.a.) agli atti il cui rilascio dipendesse "dall'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecnico discrezionali" pose invece gli interpreti di fronte alla questione se la liberalizzazione potesse o meno riguardare i casi in cui la p.a. fosse chiamata dal legislatore ad integrare il dato normativo attraverso la spendita di conoscenze di carattere specialistico senza considerare "*la qualità della valutazione richiesta ed il suo eventuale collegamento con una scelta a carattere politico discrezionale*"³. A fronte della posizione di chi escludeva che la liberalizzazione potesse avere luogo al di fuori dell'ambito delle attività rigidamente vincolate (senza possibilità di sostituire atti che fossero manifestazione della, pur ambigua, categoria della discrezionalità tecnica)⁴, si sono peraltro profilate delle letture alternative: secondo una prima ricostruzione, il

¹ Cons. St., sez. VI, 5 gennaio 2011, n. 14/o., in *www.giustamm.it*.

² È quanto si legge nel parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, 17 febbraio 1987, n. 7 sul ddl governativo che sarebbe poi divenuto la l. 241 del 1990, reperibile in *Foro it.*, 1988, III, c. 22 e ss..

³ LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010, 97.

⁴ Vedi ad esempio DE MINICO, *Note sugli artt. 19 e 20 della l. 241/1990*, in *Dir. Amm.*, 1993, 275.

meccanismo dell'inizio dell'attività su denuncia si sarebbe esteso anche alle ipotesi in cui “l'amministrazione è chiamata a compiere una qualche valutazione discrezionale, sia che si tratti di discrezionalità amministrativa in senso proprio, sia che si tratti di discrezionalità tecnica”, pur se limitatamente ai “momenti vincolati” dei relativi procedimenti⁵; secondo una diversa impostazione, la d.i.a. non poteva operare (soltanto) qualora fossero ravvisabili spazi in cui l'utilizzo di saperi tecnici si intrecciasse con valutazioni ponderative dell'interesse pubblico, e per ciò stesso autenticamente discrezionali⁶.

Sta di fatto che nel 2005, quando si è provveduto a riformare ulteriormente l'istituto in esame - a partire dal suo *nomen iuris* (dichiarazione e non più denuncia) – il riferimento all'attività tecnico-discrezionale (onde escludere l'applicazione della norma) è del tutto scomparso dando ragione a quanti avevano messo in evidenza l'equivocità dell'accostamento tra tecnica e discrezionalità⁷. L'apporto chiarificatore del legislatore della riforma del 2005 quanto alla delimitazione dell'ambito applicativo dell'istituto è tuttavia controbilanciato da altre innovazioni sulla cui interpretazione la dottrina e la giurisprudenza hanno espresso orientamenti contrastanti. Il riferimento è: da un lato, all'introduzione di una diversa disciplina procedimentale, imperniata (sulla falsariga della regolamentazione in materia edilizia) sulla regola che l'attività dichiarata non può essere iniziata immediatamente, ma solo dopo il decorso di un termine di trenta giorni (e previa ulteriore comunicazione all'amministrazione da parte dell'interessato; dopo di che l'amministrazione ha a disposizione un termine di trenta giorni per inibire l'attività); dall'altro, al richiamo degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. 241 del 1990 alle cui disposizioni la p.a. deve attenersi nell'adozione di (non meglio identificate) “determinazioni” – è da ritenere – una volta elaso il secondo termine di trenta giorni. Si tratta di due argomenti testuali che decretano un sostanziale avvicinamento (o, a seconda dei punti di vista, una intollerabile sovrapposizione) degli istituti della d.i.a. e del silenzio assenso, con ripercussioni, come vedremo, sulla selezione degli strumenti di tutela a vantaggio del terzo che si assuma leso da un'attività altrui intrapresa tramite dichiarazione privata. La possibilità di avviare l'attività solo dopo un certo lasso di tempo dalla presentazione della dichiarazione ed il riconoscimento alla p.a. di poteri di secondo grado, che presuppone l'esistenza di un seppur tacito provvedimento da annullare o revocare, richiamano alla mente il meccanismo semplificatorio della formazione tacita del provvedimento assentivo di una certa attività per non essersi l'amministrazione competente pronunciata (in senso ostativo) nel termine di legge, cioè l'istituto disciplinato (non già dall'art. 19, ma) dall'art. 20 della l. 241.

Sotto quest'ultimo profilo, non è stato certo chiarificatore l'intervento del legislatore del 2009. Per quanto qui interessa, infatti, si è provveduto a modificare il quinto comma dell'art. 19 (relativo all'individuazione del giudice avente giurisdizione sulle controversie in materia di d.i.a.) prevedendosi che “il relativo ricorso giurisdizionale esperibile da qualunque interessato nei termini di legge può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'art. 20”. Sulla equivoca formula utilizzata dal legislatore⁸ si sono profilate diverse ipotesi interpretative, così sintetizzabili: per taluno, la norma avrebbe inteso “risolvere l'annoso problema della legittimazione del controinteressato ad impugnare la d.i.a.”⁹; per talaltro, la disposizione, come modificata, intenderebbe concentrare nelle mani del giudice amministrativo come giudice esclusivo le controversie in cui “l'avvio di un'attività sia subordinato ad un titolo abilitativo suscettibile di formarsi per silentium (ad esempio il nulla-osta dell'Ente parco ex art. 13 l. 394 del 1991) ed un ulteriore titolo abilitativo surrogabile attraverso d.i.a. (ad esempio la d.i.a. edilizia)”¹⁰.

La recente approvazione del Codice del processo amministrativo ha decretato la silenziosa (e da nessuno rimpianta) uscita di scena della norma in esame, posto che l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 3, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie in materia di “dichiarazione di inizio attività”, senza ulteriori (e per quanto visto fuorvianti) riferimenti.

Quanto al procedimento disciplinato dall'art. 19, viene in rilievo l'introduzione, ad opera della novella del 2009, di un modello speciale di d.i.a. relativo ad attività che possono essere intraprese immediatamente dopo la presentazione della dichiarazione all'autorità competente: il riferimento è alle “attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE” (concernente l'attività di piccola e

⁵ CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 117.

⁶ LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 1999, spec. 258; nei medesimi termini, ma seguendo un diverso percorso argomentativo, FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Milano, 1996, 123.

⁷ Vedi ancora una volta LIGUORI, *op. ult. cit.*, nonché, più di recente, ID., *La funzione amministrativa*, cit., 101; FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. ed il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 1017; GIULIETTI, *Articolo 19. Dichiarazione di inizio attività*, in PAOLANTONIO, POLICE, ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2005, 369 e ss..

⁸ Convengono sul carattere oscuro, misterioso e privo di razionalità dell'aggiunta riguardante il quinto comma VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1245 e BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, *ivi*, 830 e ss., spec. 895.

⁹ LAMBERTI, *DIA e silenzio assenso dopo la legge 69/2009*, in *Urb. e app.*, 2010, 5.

¹⁰ BERTONAZZI, *op. ult. cit.*

media impresa). Si è discusso sul se il legislatore avesse inteso riferirsi a due distinte ed autonome categorie ovvero ad una soltanto, concludendosi nel senso “che le attività che possono essere iniziate immediatamente finiranno con il prendere il sopravvento rispetto a quelle assoggettate a previa comunicazione”¹¹.

Ed è quanto puntualmente avvenuto con l'ultima (?) riforma dell'art. 19, dove il legislatore “in un impeto di euforia riformistica”¹², perfino sopravanzando le soluzioni poco tempo prima fatte proprie dal d.lgs. 59 del 2010 (attuativo della direttiva 2006/123/CE)¹³, ha previsto che l'attività “segnalata” (deve infatti oggi parlarsi di segnalazione certificata di inizio attività) possa essere intrapresa immediatamente in ogni caso previsto dall'art. 19, nel mentre l'esclusione dalla misura di liberalizzazione delle sole attività in cui siano rinvenibili margini di autentica valutazione comparativa di interessi, e non già di carattere tecnico-discrezionale (nel segno della continuità rispetto alle scelte sottese alla riforma del 2005), sembra confermato dalla disposizione (contenuta nel primo comma del “nuovo” art. 19) che prevede che la segnalazione sia corredata dalle “attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati”¹⁴. In definitiva, se non c'è discrezionalità (perché non vi è mai stata o perché è stata spesa nelle pregresse fasi di esercizio della funzione), il privato ha la facoltà di intraprendere immediatamente l'attività, previa segnalazione della stessa e salvo il potere della p.a. di inibirne la prosecuzione nei sessanta giorni successivi. Trascorso questo termine, si può incidere sull'attività: o attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela (sempre che di vera autotutela si tratti, nulla evincendosi dalla nuova norma circa l'oggetto di tali provvedimenti di secondo grado); o “sempre ed in ogni tempo” mediante la procedura interdittiva di cui si è detto, qualora l'attività sia stata intrapresa sulla base di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o atti di notorietà false o mendaci; ovvero, sempre mediante la procedura interdittiva, se vi è un pericolo di danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, previo “motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante la conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente”¹⁵. Sulle difficoltà di coordinare le nuove disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo con le disposizioni di settore si tornerà appresso.

2.1. Le principali discipline di settore: la d.i.a. nel settore edilizio.

In ambito edilizio, il più remoto antecedente storico della denuncia di inizio attività va individuato nella previsione dell'art. 26 della l. 47 del 1985, che facultizzava il proprietario di un immobile che intendesse realizzare delle opere interne, non implicanti “modifiche della sagoma, della costruzione, dei prospetti, né aumento delle superfici utili e del numero di unità immobiliari” ed in ogni caso non in contrasto con gli strumenti urbanistici adottati o approvati ed i regolamenti edilizi vigenti, a presentare al Sindaco, contestualmente all'inizio dei lavori, una relazione a firma di un professionista abilitato alla progettazione, contenente l'asseverazione delle opere da compiersi e il rispetto delle norme di sicurezza e delle norme igienico-sanitarie vigenti. Rimanevano esclusi dall'applicazione della norma gli interventi realizzati su immobili vincolati.

Successivamente, con l'entrata in vigore della l. 662 del 1996 (art. 2, comma 60) giunge a compimento “un episodio normativo a dir poco sconcertante”¹⁶: in specie, si erano succeduti nel tempo una serie di decreti legge, non convertiti e di volta in volta reiterati, aventi ad oggetto la semplificazione dei procedimenti in materia edilizia, anche attraverso l'introduzione della denuncia di inizio attività. Ora, mentre nei dd.ll. 88, 193, 310, 400 e 498 del 1995 la d.i.a. viene concepita come alternativa all'autorizzazione edilizia - all'epoca richiesta per la realizzazione di tutte quelle opere, interne ed esterne, di manutenzione ordinaria, restauro e risanamento conservativo come definite dall'art. 31 lettera b) e c) della legge 457 del 1978 - nel d.l. 30 del 1996 essa è invece considerata alternativa alla concessione edilizia - propedeutica alla realizzazione di nuove costruzioni o interventi implicanti un aumento

¹¹ LAMBERTI, *op. ult. cit.*, spec. 11.

¹² LIGUORI, *La funzione*, cit., 9.

¹³ In tema di applicabilità della disciplina della s.c.i.a. alle attività economiche, possono vedersi le indicazioni contenute nella circolare del Ministero dello sviluppo economico indirizzata alle Camere di Commercio (n. 3637-C del 10 agosto 2010), con particolare riferimento alle attività: di installazione di impianti, autoriparazione, pulizie e facchinaggio; di intermediazione commerciale e di affari, agente e rappresentante di commercio, mediatore marittimo spedizioniere; di vendita e di somministrazione di alimenti e bevande. Cfr. in argomento le più ampie considerazioni di AMOVILLI, *Le “complicazioni” in materia di semplificazione amministrativa – Brevi note in tema di Segnalazione certificata di inizio attività (SCLA)*, in www.giustamm.it.

¹⁴ Secondo LIGUORI, *La funzione*, cit., 103, la nuova disposizione non contiene alcuna indicazione utile a condizionare l'ambito applicativo dell'istituto in ragione del rapporto tra discrezionalità e vincolatezza.

¹⁵ In questi termini, sia consentito rinviare al mio *Una breve postilla sulle novità introdotte dalla l. 31 luglio 2010, n. 122* (a margine del contributo di IANNI), in *La Rivista Nel Diritto*, 2010, 1351. Sulla riforma del 2010, più diffusamente: LISENA, *Dalla D.i.a. alla S.C.I.A.: storia di una metamorfosi*, in www.giustamm.it; BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività tra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2010, 580; CASU, *La tutela del privato in materia edilizia: dal permesso a costruire alla Segnalazione certificata di inizio attività*, in www.giustamm.it.

¹⁶ BIANCHI, *La denuncia di inizio attività in materia edilizia. Profili ricostruttivi dell'istituto con particolare riferimento alla tutela del terzo*, in *RGE*, 1998, 147; si tratta della nota vicenda che condusse alla pronuncia della Corte Costituzionale in tema di reiterazione dei decreti legge non convertiti: cfr. Corte Cost., 17-24 ottobre 1996, n. 360, in *Foro it.*, 1996, I, 3269, con nota di ROMBOLI.

della volumetria o delle superfici del fabbricato - per poi tornare ad essere sostitutiva dell'autorizzazione edilizia secondo le norme dei dd.ll. 154, 285, 388 e 495 del 1996, a tutto beneficio (all'evidenza dei fatti) della complicazione piuttosto che della semplificazione. Si era poi posta la questione se la nuova normativa avesse implicitamente abrogato quella sulla relazione asseverativa di cui al richiamato art. 29 della l. 47 del 1985, registrandosi al riguardo orientamenti diversificati in dottrina ed in giurisprudenza: ad una prima ricostruzione, incline a ritenere che vi fosse stata un'abrogazione tacita¹⁷, si contrapponeva l'opinione di chi osservava che “nella loro definizione oggettiva [...] gli interventi disciplinati dai rispettivi istituti sono simili ma non esattamente uguali”¹⁸.

Ad ogni buon conto, secondo la disciplina dettata dalla l. 662 del 1996, erano assentibili con d.i.a. gli interventi realizzabili in precedenza previo rilascio di autorizzazione edilizia; siccome peraltro la disciplina generale frattanto emanata e pure novellata (art. 19 l. 241, come modificata nel 1993) escludeva dal proprio ambito oggettivo di applicazione le “concessioni edilizie” (quindi altro rispetto all'autorizzazione edilizia), si posero delle delicate questioni di coordinamento tra le due discipline.

Stando così le cose, è quindi da salutare positivamente l'intento semplificatorio perseguito dal legislatore del Testo Unico dell'Edilizia (d.p.r. 380 del 2001, d'ora in poi TUE): nel dettaglio, la disciplina dei titoli edilizi è imperniata sulla distinzione tra interventi assoggettati a permesso di costruire (individuati singolarmente dall'art. 10, le singole ipotesi risultando peraltro accomunate dal fatto che si tratta di interventi comportanti aumenti di superfici o volumetrie, o comunque tali da incidere sui parametri urbanistici), interventi assoggettati a denuncia di inizio attività (individuati in via residuale dall'art. 22 TUE, nella sua originaria formulazione) ed attività edilizie libere, cioè realizzabili senza necessità di alcun titolo abilitativo (art. 6 TUE, nella sua originaria formulazione). Come è stato efficacemente notato, la *ratio* sottesa alla richiamata normativa va rinvenuta nel proposito di abbandonare la concezione della d.i.a. quale istituto eccezionale a vantaggio di quella, diametralmente opposta, ispirata alla logica della massima semplificazione ed al principio di non duplicabilità delle scelte già effettuate¹⁹.

L'impianto pensato dal legislatore del 2001 è stato peraltro profondamente inciso, prima ancora dell'entrata in vigore del TUE (più volte differita), dalla c.d. legge obiettivo (l. 443 del 2001), che ha introdotto, accanto alla d.i.a. utilizzabile per gli interventi edilizi “minori”, prima ricordati, una d.i.a. alternativa al permesso di costruire (la c.d. super d.i.a.), fruibile anche per gli interventi di maggiore impatto sul tessuto urbanistico (individuati dallo stesso art. 22, comma 3, TUE), ferma restando l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la realizzazione di opere senza titolo abilitativo (art. 22, comma 4, TUE, che richiama il successivo art. 44). L'ambito applicativo dell'istituto è estensibile dalla normativa regionale (cfr. ancora l'art. 22, comma 4, TUE): emblematico il caso della l. R. Lombardia n. 12 del 2005, che all'art. 41 sancisce la (praticamente piena) fungibilità tra permesso di costruire e d.i.a..

Si è discusso se le modifiche introdotte dalla legge obiettivo fossero *in parte qua* conformi al dato costituzionale, segnatamente all'art. 117, comma 3, sulla scorta del rilievo che le norme del TUE sembrano contenere norme specifiche e non di mero principio (come dovrebbe essere, il “governo del territorio” rientrando tra le materie di legislazione concorrente)²⁰. La Corte Costituzionale ha osservato al riguardo che “le fattispecie nelle quali, in alternativa alle concessioni o autorizzazioni edilizie, si può procedere alla realizzazione di opere con denuncia di inizio attività a scelta dell'interessato integrano il proprium del nuovo principio dell'urbanistica”²¹, ossia, come già detto, la massima semplificazione e l'esigenza di non duplicare scelte già effettuate dalla p.a. in sede di pianificazione.

Tralasciando la compiuta trattazione degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza circa l'individuazione degli interventi assoggettati a d.i.a. semplice ed interventi assoggettati a super d.i.a.²², interessa richiamare l'attenzione

¹⁷ FALCONE, *Denuncia di inizio attività: prime note*, in *Urb. e app.*, 1998, 1; Cass. pen. sez. III, 6 marzo 1998, n. 4205, in *Giust. pen.*, 1999, 352

¹⁸ BIANCHI, *op. ult. cit.*, 160.

¹⁹ LIGUORI, TUCCILLO, *Denuncia di inizio attività. Commento agli artt. 22 e 23*, in *Testo Unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, II ed., Milano, 2009, 378 e ss..

²⁰ Nel senso della incostituzionalità si era già espressa una parte della dottrina, sulla scorta di articolate osservazioni: v. STELLA RICHTER, *I titoli abilitativi in materia edilizia. Commento al T.U. in materia di edilizia in vigore dal 30/06/2003*, Torino, 2003, spec. 65 e 66; scettico sulla persuasività degli argomenti utilizzati da Stella Richter si mostra LIGUORI, *I modelli settoriali: d.i.a. edilizia e procedure semplificate in tema di rifiuti*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2010, 771 e ss., spec. 781.

²¹ Corte Cost., 1° ottobre 2003, n. 303, in *Giur. Cost.*, 2003, 5.

²² A titolo puramente esemplificativo, si ritiene che possano essere intrapresi tramite d.i.a. semplice: - le opere di manutenzione straordinaria (intendendosi per tali quelle che non alterano i volumi o le superfici dell'immobile, essendo i lavori diretti alla mera sostituzione o al rinnovo di parti dell'edificio: T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 19 aprile 2009, n. 1994, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1163), anche se in relazione a tali opere deve essere valutata l'incidenza della riforma dell'art. 6 TUE in tema di attività edilizia libera, su cui v. *infra* nel testo. In tema può qui richiamarsi una pronuncia del T.A.R. Campania, Napoli (Sez. VII, 7 settembre 2010, n. 17336, in *Foro amm. T.A.R.* 2010, 2917), che ha ritenuto necessaria la d.i.a. semplice con riguardo ai lavori di installazione di un pannello in plastica rigida, infisso al muro, volto ad attenuare le propagazioni provenienti da una sottostante pompa di calore, evidenziando al contempo che la soluzione prescelta si giustifica(va) alla luce della normativa vigente all'epoca dei fatti di causa, e cioè in epoca anteriore alla citata riscrittura dell'art. 6 TUE, norma che viceversa oggi troverebbe applicazione con riguardo ad un caso del genere; - le opere di restauro e risanamento conservativo, sempre che non risultino alterati la sagoma e la volumetria (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 31 luglio 2007, n. 1088, in www.giustizia-amministrativa.it); - le opere interne, sempre che non determinino modificazione delle sagome e dei volumi, ed a

su una questione emersa di recente a seguito dell'introduzione della s.c.i.a.: in specie, da un lato, l'art. 19 della l. 241 non contempla più la clausola che faceva salve le "disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai commi 2 e 3 per l'inizio dell'attività"; dall'altro, ai sensi dell'art. 49, comma 4-ter della l. 31 luglio 2010, n. 122, le espressioni "segnalazione certificata di inizio attività" e "Scia" sostituiscono quelle di "dichiarazione di inizio attività" e "Dia", "ovunque ricorrano anche come parte di un'espressione più ampia", sia nelle normative statali che – e questo è il dato che maggiormente interessa (*rectius*: preoccupa) – in quelle regionali. Sul punto, come pure si evince dall'ordinanza di rimessione alla Plenaria, non si sono ancora formati univoci orientamenti interpretativi. Per un verso, una nota esplicativa emanata in data 16 settembre 2010 dal Capo dell'Ufficio legislativo del Ministero della Semplificazione Normativa, diretta a fornire risposta ad un quesito formulato dalla Regione Lombardia, risolve la questione dell'applicabilità della disciplina della s.c.i.a. al settore dell'edilizia in senso affermativo; per altro verso, la dottrina sembra per lo più incline a criticare una simile posizione. Si è per esempio sottolineato che la s.c.i.a. sostituisce, ai sensi del richiamato comma 4-ter dell'art. 49 della l. 122 del 2010, la "dichiarazione" di inizio attività, e non la "denuncia", espressione invece utilizzata nella normativa di settore che si esamina: in disparte questo argomento di carattere letterale, sembra comunque da condividere l'opinione di chi ritiene che il parere ministeriale, "se formalmente afferma l'estensione della portata applicativa delle nuove norme alla materia edilizia, sostanzialmente mitiga fortemente tale estensione, relegandola alla sola disciplina del termine immediato per avviare l'attività e, per contro, escludendo qualsivoglia impatto delle nuove norme rispetto agli altri profili della disciplina. In particolare, viene esclusa l'estensione automatica dell'ambito applicativo della SCLA rispetto al permesso di costruire, al di fuori delle previsioni contenute nel T.U.E., ovvero delle estensioni previste dalle leggi regionali"²³.

La questione nodale pare peraltro essere rappresentata dalla possibile incostituzionalità della nuova normativa nazionale che, prima di decretare la sostituzione al regime della d.i.a. (ovunque tale espressione risulti utilizzata, anche nella legislazione regionale) di quello della s.c.i.a., viene (auto)qualificata come attinente "alla tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione", costituendo "livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del medesimo comma". Autorevole dottrina ha prontamente manifestato perplessità al riguardo, sulla scorta del rilievo che, "trattandosi di autorizzazioni vincolate sostituite dalla Scia, non sembra costituire una «barriera all'entrata» lesiva della concorrenza la previsione di un termine breve di attesa per l'avvio dell'attività": ragion per cui si pone un "primo dubbio di costituzionalità"²⁴. Nel solco di siffatto schema argomentativo, la Regione Toscana ha sollevato in via principale la questione di costituzionalità dell'art. 49, comma 4-ter della l. 122 del 2010, nella parte in cui impone (*rectius*: proclama!) l'applicazione del regime della s.c.i.a. (anche) alla materia edilizia, afferente – si deve viceversa ritenere – al "governo del territorio" e quindi rientrante tra le ipotesi in cui sussiste la legislazione concorrente Stato-Regioni²⁵. Significativo appare il passaggio del ricorso presentato dalla Regione dove si evidenzia che "non è sufficiente la mera autoqualificazione formale operata dal legislatore statale per ricondurre una disciplina nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato, ma è necessario esaminarne il contenuto sostanziale e verificare se lo scopo cui la norma tende permette di ricondurre la stessa in tale ambito"²⁶. In specie, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale "l'identificazione della materia nella quale si colloca la norma impugnata richiede di fare riferimento all'oggetto ed alla disciplina stabilita dalla medesima, tenendo conto della sua ratio, tralasciando gli aspetti marginali e gli aspetti riflessi, così da identificare

condizione che non producano una modificazione della destinazione d'uso (Cass. pen., sez. III, 19 aprile 2007, n. 22866, in *Guida al diritto*, 2007, 31, 66). Discussa la questione del titolo legittimante alla realizzazione di un sopralco, ma è prevalente l'orientamento che richiede il permesso di costruire o la d.i.a. ad esso alternativa (Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2007, n. 8669, in *CED Cass. pen.*, 2007); – per le opere di rimozione di barriere architettoniche giova distinguere tra il caso in cui non vi sia la realizzazione di rampe ed ascensori, eseguibili in regime di attività edilizia totalmente libera ai sensi del comma 1 dell'art. 6 TUE nella formulazione risultante dalle recenti modifiche introdotte nel 2010, ed il caso in cui siano necessarie le predette installazioni, cui si applica il regime della d.i.a. semplice (T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 27 giugno 2008, n. 340, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 1857); – le modificazioni della destinazione d'uso dell'immobile sempre che ciò avvenga senza la realizzazione di opere incidenti sui parametri urbanistici ed edilizi (T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 10 giugno 2008, n. 1415, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in senso contrario, T.A.R. Puglia, Lecce, 13 giugno 2008, n. 1741, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 1853). Una più ampia trattazione degli orientamenti espressi in *thema* dalla giurisprudenza amministrativa si ritrova in LIGUORI, TUCCILLO, *op. cit.*, nonché, anche per riferimenti più aggiornati, in LIGUORI, *I modelli settoriali*, cit., 784.

²³ GIULIETTI, *Il controverso impatto della L. n. 122 del 2010 sulla dia edilizia*, in *www.giustamm.it*, dove si riprendono le più ampie considerazioni sul tema della s.c.i.a. sviluppate in PAOLANTONIO, GIULIETTI, *Art. 19 Segnalazione certificata di inizio attività – S.c.i.a.*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit.. Cfr. inoltre PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di COCA F.G., Torino, 2010.

²⁴ CLARICH, *Problemi di costituzionalità e molte incertezze applicative: ecco perché non funzionerà*, in *Edilizia e territorio (Il Sole 24 Ore)*, 26-31 luglio 2010.

²⁵ Questioni analoghe risultano essere state poste anche dalle seguenti altre Regioni: Calabria, Lombardia, Abruzzo, Valle d'Aosta, Basilicata e Molise (fonte: *news.cambiocasa.it*).

²⁶ Il testo del ricorso presentato dalla Regione Toscana è rinvenibile sul sito istituzionale della Corte Costituzionale (*www.cortecostituzionale.it*), allibrato al Reg. Ric. N. 97 del 2010 (vedi G.U. 10 novembre 2010, n. 45): l'udienza pubblica risulta ad oggi fissata per il giorno 8 giugno 2011.

correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato"²⁷. Alla luce di questo principio, la ricorrente conclude nel senso (a nostro parere condivisibile) che "la SCLA «edilizia» non è uno strumento per tutelare la concorrenza": a suffragio giova ancora una volta richiamare la giurisprudenza costituzionale, secondo cui la materia "tutela della concorrenza" ricomprende "le misure legislative [aventi] ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e quelle di promozione che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura eliminando barriera all'entrata"²⁸. Né pare corretto il richiamo (operato sempre in via di autoqualificazione) alla pertinenza della riforma in tema di s.c.i.a. ai livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale, che ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., giustificerebbe l'attrazione della relativa disciplina nella competenza esclusiva dello Stato: la Corte Costituzionale al riguardo precisa che tale titolo di legittimazione dell'intervento statale è spendibile allorché vengano in rilievo "specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione"²⁹, mentre nel caso che ci interessa, trattandosi in sostanza di definire il momento – subito o dopo trenta giorni - in cui l'attività può essere intrapresa, non si verterebbe in tema di prestazioni concernenti diritti, agli effetti del richiamato art. 117, comma 2, lett. m), Cost.. Ne consegue che "escludendo i due titoli di competenza statale, perché illegittimamente invocati, la disciplina in esame ricade nella materia «governo del territorio» soggetto alla potestà legislativa concorrente"³⁰. Se si parte da questa premessa qualificatoria, pare evidente che la normativa impugnata, risolvendosi in una disciplina eccessivamente dettagliata, e sostanzialmente tale da escludere l'intervento delle Regioni (che risulterebbero private del compito, ad esse riservato, di individuare gli strumenti concreti volti alla realizzazione degli obiettivi programmatici individuati dal legislatore nazionale³¹), si ponga in contrasto con il dettato costituzionale, specie se si tiene conto del fatto che le normative regionali adottate ai sensi dell'art. 22, comma 4, TUE (che consente alle Regioni di estendere ulteriormente l'ambito applicativo della d.i.a.) risulterebbero in forza del richiamato comma 4-ter dell'art. 49 della l. 122 del 2010 abrogate con effetto immediato e sostituite unilateralmente con una disciplina che non consente più un controllo preventivo all'intrapresa dell'attività da parte dell'amministrazione³².

È altresì doveroso ricordare l'incidenza di un'altra recente riforma nella materia edilizia: l'art. 5 d.l. 25 marzo 2010, n. 40, convertito in l. 22 maggio 2010, n. 73, ha riscritto l'art. 6 TUE, in tema di attività edilizia libera. Il primo comma di tale disposizione individua gli interventi realizzabili senza alcun titolo abilitativo (si pensi alla installazione di condizionatori, quando non comporti alterazione della facciata principale dell'immobile³³); il secondo comma condiziona l'eseguibilità di altri interventi (pur sempre afferenti all'attività edilizia "libera") ad una previa comunicazione da inoltrare, anche per via telematica, all'amministrazione (comunicazione prontamente "battezzata" da taluno come *semi-d.i.a.*³⁴). Va notato che l'originario proposito del legislatore (poi "corretto" in sede di conversione) era quello di una più radicale liberalizzazione dell'attività edilizia, specie con riguardo ad alcuni interventi di manutenzione straordinaria (individuati attraverso il rinvio all'art. 3, comma 1, lett. b), TUE), per realizzare i quali oggi è imposto (art. 6, comma 4, TUE) al costruttore l'obbligo di presentare, a corredo della *comunicazione*, una relazione tecnica a firma di un progettista abilitato (che implica in sostanza gli stessi costi della d.i.a. *classica*): è quindi comprensibile lo scetticismo di quella dottrina che, commentando la riforma dell'art. 6 TUE, ha evidenziato che il suo principale effetto sarebbe "l'effetto annuncio"³⁵. Anche in questo caso alle Regioni è attribuita la facoltà di estendere la disciplina dell'attività edilizia libera (con o senza obbligo di previa comunicazione) a interventi edilizi ulteriori rispetto a quelli previsti dai primi due commi dell'art. 6 TUE. In dottrina, si è notato che la comunicazione in esame avrebbe un mero carattere notiziale, la sua omissione determinando l'applicazione di una sanzione pecuniaria con cui si intende colpire non l'attività quanto piuttosto la condotta negligente del soggetto tenuto ad effettuarla. In ciò starebbe la differenza ontologica rispetto alla dichiarazione (oggi segnalazione) di inizio attività, che è "richiesta dalla normativa allo scopo di determinare l'acquisto in capo al dichiarante della legittimazione all'esercizio dell'attività, comportando il necessario avvio di una funzione di controllo da parte dell'amministrazione pubblica destinataria", con la conseguenza che "l'omissione determina lo svolgimento sine titolo dell'attività medesima"³⁶. Pervero, altra dottrina ritiene che "il recente intervento in materia di attività edilizia libera non

²⁷ Corte Cost. 11 maggio 2007, n. 165; Id., 28 dicembre 2006, n. 450; Id., 26 luglio 2005, n. 319, tutte rinvenibili sul portale www.cortecostituzionale.it.

²⁸ Corte Cost., 14 marzo 2008, n. 63, in *Foro it.*, 2008, V, 1369; Id., 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. Cost.*, 2007, 6.

²⁹ Corte Cost., 13 ottobre 2006, n. 328, in www.cortecostituzionale.it; Id., 29 dicembre 2004, n. 423, in *Giur. Cost.* 2004, 6.

³⁰ Vedi ancora il ricorso presentato dalla Regione Toscana.

³¹ In questo senso la costante giurisprudenza costituzionale delimita le rispettive competenze di Stato e Regioni nell'ambito delle materie di legislazione concorrente: cfr. di recente Corte Cost., 21 gennaio 2010, n. 16, in www.cortecostituzionale.it; Id., 30 dicembre 2009, n. 340, *ivi*.

³² Ulteriori (e del tutto persuasive) considerazioni critiche in GIULIETTI, *Il controverso impatto*, cit. e LIGUORI, *I modelli settoriali*, cit., 776.

³³ T.A.R. Campania, sez. VII, 2 luglio 2009, n. 3633, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 2205.

³⁴ LAMBERTI, *La nuova disciplina dell'attività edilizia libera*, in *Urb. e app.*, 2010, 515, spec. 530.

³⁵ LAMBERTI, *op. ult. cit.*; in altra sede ho preso in prestito questa efficace espressione per descrivere la portata tutto sommato modesta, sotto il profilo degli elementi essenziali dell'istituto, della coeva riforma dell'art. 19 della l. 241 del 1990. Il riferimento è ad AULETTA, *Una breve postilla*, cit.

³⁶ GIULIETTI, *op. ult. cit.*

sembra inquadrabile tra le liberalizzazioni in senso proprio, onde non risulta appropriato descrivere il fenomeno in esame (come, invece, fa il legislatore) quale attività libera”: anzitutto si nota che per tali attività vale il principio di tipicità (l’art. 6 TUE enumera gli interventi che possono essere intrapresi senza alcun titolo abilitativo), in secondo luogo, con una argomentazione in parte artificiosa, viene rilevato che “*non si tratta di un’attività libera, ma di un’attività non vietata, (melius) permessa legislativamente*”³⁷.

In definitiva, il quadro normativo attuale – per quanto ispirato complessivamente (nei risultati avuti di mira) alla logica della semplificazione – si presenta quanto mai frastagliato, per non dire caotico: vi è la disciplina nazionale sulla s.c.i.a. cui si pretende, come detto, di ascrivere una portata estensiva (anche) sulla scorta del rilievo che le relative norme sarebbero mosse dall’intento di realizzare le istanze di tutela della concorrenza e dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, comma secondo, della Costituzione³⁸, con tutto quanto ne discende in termini di sospetta costituzionalità; vi è la disciplina (del pari nazionale) del TUE, in rapporto alla quale è dubbia – come rilevato - l’incidenza della novella del 2010, che individua diversi “livelli” di liberalizzazione³⁹, dall’attività totalmente libera (art. 6, comma 1, TUE) e dalla semplice comunicazione avente valore notiziale (art. 6, comma 2, TUE) – eventualmente accompagnata dalla relazione tecnica di un professionista abilitato (art. 6, comma 4, TUE) - alla d.i.a. alternativa al permesso, passando per la c.d. d.i.a. semplice (art. 22 TUE); vi è infine la normativa regionale di dettaglio (sempre che si voglia aderire all’idea, invero non immune da contestazioni, che il TUE contenga solo norme di principio), che potrebbe anche privilegiare scelte orientate ad una ulteriore valorizzazione della d.i.a..

2.2. La disciplina in tema di comunicazioni elettroniche.

In materia di comunicazioni elettroniche è opportuno innanzitutto il riferimento alle direttive comunitarie del 2002 che hanno inteso operare una (seppur non indiscriminata) liberalizzazione del settore, attraverso la previsione del regime della c.d. autorizzazione generale, dovendosi con tale espressione intendere “il quadro normativo istituito dallo Stato membro che garantisce i diritti alla fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica” [art. 2, par. 2, lett. a), direttiva 2002/02/CE], sotto il profilo dei requisiti tecnici richiesti agli operatori del settore⁴⁰. In linea con tali premesse, l’art. 25 del d.lgs. 259 del 2003 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche) definisce la predetta attività di fornitura di reti e servizi come libera (comma 1), ma nel contempo ne prevede l’assoggettamento all’autorizzazione generale, che “consegue alla presentazione della dichiarazione di cui al comma 4” (comma 3), per la cui disciplina si rinvia, quanto all’esercizio del potere di verifica dei presupposti e requisiti di legge da parte del Ministro della comunicazioni, all’art. 19 della l. 241 del 1990.

Come è stato correttamente osservato, dall’analisi del complesso delle disposizioni del Codice delle comunicazioni elettroniche si comprende che il legislatore “*abbia avuto riguardo ad una situazione nella quale, a fronte della qualificazione delle posizioni soggettive delle imprese operata direttamente dalla disciplina di settore, difetti un potere amministrativo idoneo ad incidere sulle medesime*”, e quindi che l’evoluzione della disciplina nazionale (in linea con quella comunitaria) sia segnata dalla completa erosione di margini di discrezionalità in capo alle amministrazioni competenti⁴¹.

Per quanto più specificamente attiene alla installazione delle infrastrutture per l’erogazione di tali servizi, il legislatore consente la loro realizzazione previa presentazione di una d.i.a., sempre che la potenza degli impianti non superi una soglia individuata dallo stesso legislatore, ed all’ulteriore condizione che l’interessato non preferisca rivolgere un’istanza all’amministrazione, avvalendosi se del caso della formazione del silenzio assenso.

Invero la disciplina settoriale in esame è tra quelle che inducono nell’equivoco di determinare una sostanziale sovrapposizione tra gli istituti disciplinati rispettivamente dagli artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990, atteso che il comma 9 dell’art. 87 del Codice prevede che “le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda” non sia comunicato un provvedimento di diniego. Alcune considerazioni si impongono: la stessa confusione terminologica (perché di confusione deve parlarsi aderendo, come si ritiene corretto, alla tesi per cui la d.i.a. è atto soggettivamente ed oggettivamente privato, non assimilabile ad un provvedimento abilitativo tacito) sembra caratterizzare non solo il successivo art. 87-*bis* introdotto dal d.l. 50 del 2010 (art. 5-*bis*) – a mente del quale alla

³⁷ BARTOLINI, *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in www.gustamm.it.

³⁸ Scettico sul punto si mostra CLARICH, *Problemi di costituzionalità e molte incertezze applicative*, cit., ad avviso del quale “*trattandosi di autorizzazioni vincolate sostituite dalla Scia, non sembra costituire una «barriera all’entrata» lesiva della concorrenza la previsione di un termine breve di attesa per l’avvio dell’attività*”, per cui si pone un “*primo dubbio di costituzionalità*”.

³⁹ AMOVILLI, *op. ult. cit.*

⁴⁰ In argomento, si rinvia a CLARICH, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*, in MORBIDELLI, DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003, 137, nonché a DONATI, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, 87.

⁴¹ LIGUORI, *La funzione*, cit., 122.

comunicazione del “provvedimento di diniego”, laddove dovrebbe più correttamente parlarsi di “provvedimento inibitorio”, consegue l’inefficacia della d.i.a. – ma anche una norma del recente d.p.r. 160 del 2010, adottato sulla base della legge di delegificazione n. 133 del 2008 (concernente *in parte qua* “l’impresa in un giorno”), in tema di sportello unico per le attività produttive (SUAP). Nel dettaglio, il comma 4 dell’art. 5 del citato regolamento prevede che qualora sia stata presentata una s.c.i.a. lo Sportello Unico, verificata la completezza formale della segnalazione e dei relativi allegati, rilascia con procedura informatica una ricevuta che, ai sensi del successivo comma 7, “costituisce titolo autorizzatorio ai fini del ricorso agli ordinari rimedi di tutela dei terzi e di autotutela dell’amministrazione”. Ad argomentare in questi termini si impone una scelta netta tra due diverse opzioni interpretative (ricollegabili ad una problematica più generale su cui si tornerà *infra*): o si ritiene la d.i.a. assimilabile in tutto e per tutto ad un provvedimento tacito formatosi in base al meccanismo del silenzio assenso, con quanto ne consegue in tema di tutela del terzo ed autotutela dell’amministrazione, ovvero si ritiene che le soluzioni adottate dal legislatore, tradendo l’originaria *ratio* dell’istituto della d.i.a., denotino un certo qual pressappochismo, che si risolve nell’uso promiscuo del termine “denuncia” (dichiarazione o segnalazione), assimilata sostanzialmente ad una istanza.

Del resto, le pronunce (collocabili nel solco di un orientamento complessivamente minoritario) che richiedono nei procedimenti relativi ad attività assentibili tramite d.i.a. l’adempimento dell’obbligo di comunicazione contemplato dall’art. 10-*bis* della l. 241 del 1990 sono per lo più relative proprio al settore delle comunicazioni elettroniche, con riguardo al quale non sono infrequenti affermazioni del tipo: “*le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui all’art. 87 del d.lgs. 259 del 2003 si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda non sia stato comunicato un provvedimento di diniego, conseguentemente l’inutile decorso del termine di novanta giorni dalla presentazione dell’istanza di autorizzazione o della denuncia di attività determina la formazione del silenzio assenso e la conseguente formazione del titolo abilitativo per la realizzazione dell’impianto*”⁴². Come si è in altra sede notato, non desta meraviglia il fatto che anche la questione relativa all’applicabilità dell’art. 10-*bis* alle fattispecie in cui può darsi corso ad un’attività sulla base di una dichiarazione che attesti l’esistenza dei presupposti di legge (ovvero quelli previsti da un atto amministrativo a contenuto generale) venga trattata e risolta nella logica che assimila tale dichiarazione ad una istanza di parte e che assegna all’inutile decorso del termine concesso per esercitare i poteri inibitori il significato di assenso (e quindi effetto costitutivo)⁴³.

2.3. Le recenti novità in tema di promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili.

Assai interessante anche la vicenda registratasi in materia di promozione di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, rispetto alla quale viene anzitutto in rilievo quanto disposto dall’art. 12 del d.lgs. 387 del 2003 (*Razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative*), che al quinto comma stabilisce che “quando la capacità di generazione sia inferiore alle soglie individuate dalla tabella A allegata al presente decreto, con riferimento alla specifica fonte, si applica la disciplina della denuncia di inizio attività di cui agli articoli 22 e 23 TUE”⁴⁴. All’innalzamento dei limiti tabellari si può provvedere con regolamento ministeriale concertato.

La Corte Costituzionale, con numerose pronunce emesse in uno stretto torno di tempo, ha censurato le norme regionali che prevedevano più ampi margini di operatività della denuncia sostitutiva, rilevando che “*riguardo alle ipotesi di applicabilità della procedura semplificata di DLA in alternativa all’autorizzazione unica, è riconoscibile l’esercizio della legislazione di principio dello Stato in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia», per via della chiamata in sussidiarietà dello Stato, per esigenze di uniformità, di funzioni amministrative relative ai problemi energetici di livello nazionale (sentenza n. 383 del 2005); ciò anche riguardo alla valutazione dell’entità delle trasformazioni che l’installazione dell’impianto determina, ai fini dell’eventuale adozione di procedure semplificate (in tal senso le sentenze n. 336 del 2005, in materia di comunicazioni elettroniche, e n. 62 del 2008 in materia di smaltimento rifiuti)*”, ragion per cui “*la norma regionale è illegittima, in quanto maggiori soglie di capacità di generazione e caratteristiche dei siti di installazione per i quali si procede con la disciplina della DLA possono essere individuate solo con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, d’intesa con la Conferenza unificata, senza che la Regione possa provvedervi autonomamente?*” (v. tra le tante Corte Cost., 26 marzo 2010, n. 119, nonché più di recente Corte Cost. 26

⁴² T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 4 aprile 2008, n. 1890, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 1009; in termini sostanzialmente analoghi, cfr. di recente T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 7 maggio 2010, n. 3083, *ivi*, 2010, 1792, la quale contiene la significativa precisazione che la *ratio* sottesa all’intero Codice delle comunicazioni elettroniche come desumibile dai criteri di delega contenuti nell’art. 41, l. 166 del 2002 e prima ancora nelle direttive comunitarie da recepire, si compendia nella “*previsione di procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti per la concessione del diritto di installazione di infrastrutture e ricorso alla condivisione delle strutture, riduzione dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi, nonché regolazione uniforme dei medesimi procedimenti anche con riguardo a quelli relativi al rilascio di autorizzazioni per l’installazione delle infrastrutture di reti mobili, in conformità ai principi di cui alla l. 7 agosto 1990 n. 241*”.

⁴³ AULETTA, *D.i.a. e preavviso di rigetto: note minime tra vecchi dubbi e nuove incertezze*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 710 e ss., spec. 719.

⁴⁴ Nello specifico, la tabella 1, inserita dall’art. 2, comma 161, l. 244 del 2007, distingue a seconda della fonte di produzione energetica tra: eolica (60 KW), solare fotovoltaica (20 KW), idraulica (100 KW), biomasse (200 KW), gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas (250 KW).

novembre 2010, n. 344, secondo cui “*le impugnate norme regionali, poi, nella parte in cui prevedono limiti, condizioni e adempimenti al cui rispetto è subordinato il rilascio dell’autorizzazione all’installazione di un impianto eolico, contrastano con l’art. 117, terzo comma, Cost., e, in particolare, con i principi fondamentali fissati dal legislatore statale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*”, così come aveva esplicitamente chiarito Corte Cost., 1° aprile 2010, n. 124).

La richiamata giurisprudenza costituzionale ha fatto sorgere la questione della “sorte” degli interventi realizzati tramite denuncia sostitutiva nel rispetto delle norme regionali (recanti soglie superiori a quelle tabellari) poi dichiarate incostituzionali. Questione alla quale il legislatore ha inteso dare una (per quanto non persuasiva) soluzione attraverso la previsione dell’art. 1-*quater* del d.l. 105 del 2010 (convertito con l. 129 del 2010), che ha fatto salvi gli interventi realizzati in conformità alle disposizioni regionali, “a condizione che gli impianti siano entrati in esercizio entro centocinquanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”. Dal che è sorta l’ulteriore questione su cosa dovesse intendersi per “rapporti esauriti”, che sarebbero al riparo dalle sentenze di costituzionalità. Sul punto controverso è intervenuta, in data 15 dicembre 2010, una circolare del Ministero dello sviluppo economico⁴⁵, che, dopo avere ricordato la *ratio* dell’intervento “in sanatoria” del legislatore, collegata “*all’immediato rilievo pubblico degli stessi impianti?*”, ha anzitutto chiarito i nodi interpretativi da sciogliere: a) se le d.i.a. avviate in conformità a disposizioni regionali dichiarate incostituzionali manterranno la loro efficacia anche qualora gli impianti non siano entrati in esercizio entro il termine di legge; b) se a questo fine debba essere o meno preso in considerazione lo stato di avanzamento dei lavori di messa in opera dell’impianto. Nella circolare si rileva altresì che non dovrebbero porsi questioni con riferimento a quelle d.i.a. “*che siano divenute definitive in quanto non più impugnabili per decorrenza dei termini per la proposizione dei ricorsi in via giurisdizionale e di ricorsi straordinari al Capo dello Stato*”: il rilievo invero ha prestato il fianco alle critiche della dottrina, secondo cui “*per quanto l’assunto possa sembrare a prima vista condivisibile, dire che una sentenza non sia in grado di travolgere un provvedimento inoppugnabile non risolve il problema ma semplicemente lo sposta. E questo in quanto il termine per l’impugnazione dell’autorizzazione di cui si discute decorre dalla piena conoscenza dell’atto*”, da valutarsi in concreto e non una volta per tutte nell’ambito di una circolare interpretativa⁴⁶.

Senonché, a nostro modo di vedere, è improprio parlare di dichiarazioni sostitutive divenute “definitive” ovvero “inoppugnabili”: se si assume come punto di partenza la natura privatistica della denuncia di inizio attività e si modula di conseguenza la selezione degli strumenti di tutela a disposizione del terzo, ci si rende conto dell’errore “di prospettiva” da cui muove la tesi interpretativa prima ricordata. Vi è semmai da dire che, così come pensata dal Consiglio di Stato nella nota pronuncia n. 717 del 2009, l’azione di accertamento autonomo circa la (in)sussistenza dei presupposti richiesti per l’avvio dell’attività deve essere esercitata anch’essa nel termine decadenziale previsto per l’impugnazione dei provvedimenti amministrativi (qualche considerazione critica in proposito sarà svolta *infra*), e quindi, a parte l’errore di prospettiva, i risultati in termini di “definitività” dell’atto (privato) sono sostanzialmente identici. Occorre però ritenere, più al fondo, che a fronte di una simile eventualità (attività intrapresa – e magari non ancora conclusa – tramite d.i.a. sulla base di una normativa poi dichiarata incostituzionale, con maturata “definitività del titolo” per il mancato esercizio da parte del privato degli strumenti di tutela predisposti dall’ordinamento) la p.a. conservi il potere di adottare determinazioni ex art. 21-*nonies*, soggetto anche nel caso in cui l’illegittimità derivi dalla dichiarazione di incostituzionalità della norma attributiva (in disparte gli adattamenti richiesti dalla natura liberalizzata dei procedimenti di che trattasi) “*a tutti i suoi ordinari presupposti e limiti, in particolare all’esigenza di una accurata ponderazione dell’interesse sacrificato nel destinatario dell’effetto favorevole, anche in relazione all’affidamento suscitato come conseguenza del trascorrere del tempo e all’entità del costo da questi sopportato in comparazione con l’interesse pubblico, astratto e concreto, al ripristino della legalità, in applicazione del principio generale di proporzionalità*”⁴⁷. Invero, in questo specifico caso, dove viene in rilievo il bene ambiente, vi sarebbe materia per applicare il “nuovo” art. 19 comma 4, a mente del quale “decorso il termine per l’adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3, all’amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno [...] per l’ambiente”, e quindi per un intervento interdittivo oltre i termini ordinari, (deve ritenersi, ma la questione è ancora perplessa) anche in assenza dei presupposti e dei limiti di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*.

Al di là del caso delle d.i.a. “divenute definitive”, la questione assume contorni ancora più incerti con riferimento ai seguenti ordini di casi: d.i.a. che alla data della pronuncia di incostituzionalità “*non si erano ancora perfezionate*” perché era pendente o sospeso il termine di cui all’art. 23 TUE; d.i.a. per le quali alla data della pronuncia di incostituzionalità erano ancora pendenti i termini per un ricorso giurisdizionale; d.i.a. risultanti *sub iudice* per essere stato attivato un rimedio di tutela. Si tratta di ipotesi nelle quali secondo la circolare è applicabile la

⁴⁵ In www.giustamm.it, con considerazioni scettiche a margine di PETRI, *La circolare ministeriale “SalvaDia”: più luci che ombre*.

⁴⁶ PETRI, *op. ult. cit.*

⁴⁷ Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3458, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 6, 1882; più di recente v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 7 dicembre 2008, n. 1959, in www.giustizia-amministrativa.it.

sanatoria di cui all'art. 1-*quater* e quindi se l'impianto era in funzione entro il 16 gennaio 2011 (termine individuabile computando centocinquanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione, avvenuta il 19 agosto 2010), sono fatti salvi gli effetti della dichiarazione privata. Per quanto attiene alle d.i.a. presentate dopo la pubblicazione delle sentenze della Corte Costituzionale la sanatoria non si applica. Vi è poi una importante quanto ineluttabile precisazione finale: le d.i.a. che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 1-*quater*, come interpretato dalla citata circolare, non devono ritenersi automaticamente “*caducate in caso di mancato rispetto del termine per l'entrata in esercizio degli impianti. Più semplicemente, invece, decorso inutilmente tale termine, le d.i.a. in questione perderanno la tutela dei relativi effetti prevista dall'art. 1-*quater* e saranno soggette, pertanto, alla possibilità di essere impugnate dal terzo che sia a ciò legittimato, sempreché ovviamente i termini per l'impugnativa stessa non siano scaduti*” (ossia, aggiungiamo noi, l'impugnativa - ammesso e non concesso che di impugnativa debba parlarsi - non potrebbe avere luogo quasi mai per esaurimento dei termini, salvo il potere di autotutela della p.a.).

In realtà, sembrano più che condivisibili le considerazioni, di carattere fortemente “pragmatico”, di chi ritiene che “*la sentenza della Corte Costituzionale ha sconvolto i piani finanziari che prevedevano degli incassi in tempi piuttosto rapidi mettendo a rischio di fallimento le società costruttrici ed esponendo le banche alla possibile perdita del credito. Il d.l. “salvadia” ha risolto le situazioni più gravi ma ha lasciato aperto il problema delle d.i.a. già ottenute ma non ancora utilizzate alle quali, ora, il Ministero cerca di ridare vita*”. In disparte il rilievo relativo al comportamento “*bizzarro*” dello Stato, che prima ha chiesto l'intervento demolitorio della Corte Costituzionale e poi (appunto con la circolare) ha cercato di ampliare le maglie della sanatoria oltre i limiti dello strettamente necessario⁴⁸.

3. Le diverse tesi (sulla natura giuridica della d.i.a., oggi s.c.i.a., e quindi) sulle tecniche di tutela sperimentabili dal terzo.

Quanto alla individuazione della tecnica di tutela del privato a fronte della d.i.a./s.c.i.a., si sono poste, come è noto, notevoli questioni interpretative, la cui soluzione, che è evidentemente condizionata dall'opzione interpretativa di fondo circa la natura giuridica dell'istituto di che trattasi, costituisce il nucleo centrale dei quesiti rivolti dalla Sesta Sezione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Se infatti si accede alla lettura - peraltro in linea con quanto si legge nel parere reso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato sul ddl governativo poi tradottosi nella l. 241 del 1990 – per cui l'istituto della d.i.a. ha la finalità di “*liberalizzare certe attività private*”, deve giocoforza ritenersi che la dichiarazione (oggi, con una terminologia non esente da appunti critici, segnalazione) abbia natura di atto soggettivamente e oggettivamente privato⁴⁹: giova peraltro precisare che tale forma di liberalizzazione non esclude (anzi impone) l'esercizio da parte dell'amministrazione di un potere di controllo (successivo), che può in ipotesi sfociare nell'adozione di provvedimenti inibitori o a carattere conformativo, onde è corretto parlare di autoritatività eventuale⁵⁰. Se viceversa si qualifica la fattispecie in termini provvedimentali, nel senso che in conseguenza del mancato esercizio dei poteri inibitori da parte dell'amministrazione si formerebbe un provvedimento assentivo tacito, sembra evidente l'accostamento (se non la confusa sovrapposizione) tra d.i.a. e silenzio-assenso, sicché anche il primo istituto andrebbe inquadrato nell'area della semplificazione procedimentale. Come è stato giustamente notato, se la funzione della d.i.a. è quella di evitare la duplicazione di scelte già effettuate altrove (nella legge o in un atto amministrativo a contenuto generale), prendendo il posto di atti ampliativi a carattere ricognitivo, “*apparirebbe contraddittorio equipararla sul piano della disciplina alle ipotesi di silenzio-assenso, nelle quali è la valutazione da compiersi in sede di esame dell'istanza – cui si può sostituire a certe condizioni il titolo tacito – a creare il nuovo assetto di interessi*”⁵¹.

Non mancano tuttavia soluzioni intermedie, come quella sostenuta da chi ritiene che “*l'effetto finale scaturente dal procedimento disciplinato dall'art. 19 della l. 241/1990, ovvero la legittimazione del privato allo svolgimento dell'attività denunciata, non discende direttamente dalla legge né da un atto di assenso implicito, bensì dalla concomitanza e della coincidenza dei suindicati elementi*”⁵²: in specie, la situazione giuridica derivante dallo spirare dei termini previsti dal terzo comma dell'art. 19 sarebbe qualificabile in termini di “*silenzio-adempimento il quale, a differenza del silenzio assenso e similmente*

⁴⁸ Cfr. ancora PETRI, *op. ult. cit.*

⁴⁹ In questo senso v., quanto alle pronunce meno recenti: Cass. civ., Sez. I, 24 luglio 2003, n. 11478, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2173. Inoltre: Cons. St., 29 gennaio 2004, n. 308, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 145; Cons. St., Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453, *ivi*, 2002, 2116; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 23 gennaio 2003, n. 197, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 210; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 6 dicembre 2001, n. 5272, in *Urb. e app.*, 2002, 331, con nota di ALBE'; T.A.R. Marche, 6 dicembre 2001, n. 1241, in *Foro amm.*, 2001, 327; T.A.R. Liguria, Sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113, in *Urb. e app.*, 2003, 581, con nota di TRAVI. Dopo la nota pronuncia n. 717 del 2009, di cui si dirà *infra*, anche la Quarta Sezione del Consiglio di Stato sembra, pur se non mancano pronunce di segno inverso, avere da ultimo seguito la tesi privatistica: Cons. St., sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919, in *www.giustizia-amministrativa.it*

⁵⁰ LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio attività*, in *www.giustamm.it*; ID., *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010, spec. 55-56.

⁵¹ LIGUORI, *I modelli settoriali*, cit., 793.

⁵² GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241/1990*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 244, spec. 258.

alla nota figura del silenzio inadempimento, non possiede natura decisoria; qui il comportamento inerte, tenuto dall'amministrazione, attesta semplicemente, in virtù del contesto normativo in cui è inserito, che il controllo è stato eseguito"⁵³.

Da ultimo, deve registrarsi una innovativa proposta ricostruttiva da parte di autorevole dottrina che, partendo dalla premessa per cui nelle fattispecie disciplinate dall'art. 19 della l. 241 l'amministrazione non è titolare di poteri di assenso, con la conseguenza che (anche per questa assorbente ragione) non è configurabile nella specie la formazione di un titolo abilitativo tacito, ha ritenuto sussistere un silenzio pur sempre significativo (non già un mero silenzio inadempimento), ma qualificabile in termini di silenzio diniego. In questo senso depone, oltre che un'analisi del tipo di poteri di cui gode la p.a. nel caso in esame (poteri diretti all'adozione di "motivati provvedimenti di diniego di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi" e non ad ampliare la sfera giuridica soggettiva del presentatore della segnalazione), una precisa considerazione di ordine sistematico: si rileva infatti che, con riferimento a procedimenti di competenza di Autorità indipendenti, laddove non impediscono comportamenti anticoncorrenziali o comunque in contrasto con l'ordinamento di settore, dopo una fase di chiusura, si è registrato un orientamento incline a riconoscere "l'impugnabilità da parte di terzi controinteressati dei c.d. provvedimenti negativi, con cui l'Autorità antitrust archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di intervenire, anche attraverso un mero comportamento omissivo"⁵⁴. Una simile proposta esegetica, nel mentre fornisce la misura del "capovolgimento di posizioni, che la DLA, prima, e la SCLA, ora, presentano rispetto al tradizionale procedimento autorizzatorio, concessorio, etc.: sicché non deve stupire che la prospettata ricostruzione dell'istituto sia simmetrica, ancorché di segno opposto, rispetto al silenzio assenso di cui all'art. 20", risulterebbe pienamente compatibile con una ricostruzione in chiave privatistica dell'istituto. Anzitutto, il titolo tacito non completerebbe una fattispecie a formazione progressiva di carattere pubblicistico (nell'ambito della quale la dichiarazione/segnalazione verrebbe "degradata" ad atto di impulso): al contrario, la mancata paralizzazione dell'attività consente che gli effetti della s.c.i.a. possano pienamente dispiegarsi, salvo l'esercizio dei poteri "speciali" ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*. In secondo luogo, se nella specie si ravvisasse la formazione di un atto abilitativo tacito, tali poteri "speciali" in tanto potrebbero essere esercitati in quanto si provveda alla rimozione del suddetto provvedimento tacito in via di autotutela: "il che significherebbe anche in questo caso subordinare detti poteri alla autotutela (con i correlati limiti), mentre la legge ne prevede una applicazione diretta e non mediata"⁵⁵. In quest'ottica, sembra quindi viepiù condivisibile l'opinione di quella dottrina (sulla cui posizione si tornerà più ampiamente *infra*) che già aveva rilevato che le "determinazioni in via di autotutela ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*" avrebbero ad oggetto le uniche fattispecie provvedimentali rinvenibili nei procedimenti cui si applica l'art. 19, cioè i provvedimenti inibitori⁵⁶ (ovvero, a questo punto, il silenzio diniego sostitutivo degli stessi in caso di mancato esercizio del potere restrittivo). Inoltre, mentre annullare il silenzio assenso significherebbe precludere definitivamente l'attività, l'annullamento del silenzio diniego metterebbe la p.a. in condizione di esercitare i poteri interdittivi, ovvero, ove ciò sia ancora possibile, i poteri conformativi. È evidente che, se si accede a questa particolare qualificazione della fattispecie, la tutela del terzo sarà assicurata attraverso l'azione di annullamento. L'autorevole dottrina qui riassunta, nella semplicità delle sue linee essenziali, raggiunge l'obiettivo di restituire una coerenza sistemica all'art. 19, più volte riguardato (come detto) da riforme che ne hanno snaturato l'intima essenza, fino a confondere la sua stessa identità, e quindi esercita una particolare *vis attractiva*: epperò il richiamo alla figura del silenzio diniego evoca quella scia di opacità che ad essa da sempre si accompagna⁵⁷. È noto infatti come

⁵³ GAFFURI, *op. ult. cit.*, 258.

⁵⁴ GRECO, *La SCLA 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 *www.giustamm.it*. Sembra peraltro doveroso osservare che nelle pronunce richiamate dal chiaro Autore (v. ad es. Cons. St. sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 1805) il discorso argomentativo sembra piuttosto calibrato sulla necessità di verificare la sussistenza della legittimazione a ricorrere, nel mentre, avendosi riguardo principalmente ai c.d. provvedimenti negativi, l'ipotesi dell'inerzia è relegata dall'organo decidente su un piano del tutto ipotetico.

⁵⁵ Ancora GRECO, *op. ult. cit.*.

⁵⁶ LIGUORI, *Note su diritto privato*, cit..

⁵⁷ Si annoverano tra i casi (più o meno) incontestati di silenzio diniego: l'ipotesi di cui all'art. 53, comma 10, d.lgs. 165 del 2001, in tema di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi da parte di dipendenti pubblici; il silenzio sull'istanza di accesso agli atti ex art. 25, comma 4, l. 241 del 1990; il silenzio sulla richiesta di permesso in sanatoria (anche se sul valore provvedimentale di tale inerzia la giurisprudenza, specie quella dei Tar risulta divisa); il silenzio sui ricorsi amministrativi (art. 6 d.p.r. 1199 del 1971), ipotesi che, ad avviso di SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 239, spec. § 10, "è stata intesa dal legislatore come silenzio mero" (in termini sostanzialmente non dissimili, v. T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 13 marzo 2010, n. 94, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 874, dove si legge: "il silenzio sul ricorso gerarchico non è configurabile come provvedimento tacito concludente il procedimento contenzioso, ma come presupposto processuale per la proposizione del ricorso giurisdizionale o straordinario avverso l'unico atto effettivamente emanato dalla p.a., per cui il ricorrente in via gerarchica può reagire in due forme diverse dinanzi al silenzio dell'amministrazione [...]; con il ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento originario, onde ottenerne l'annullamento per motivi di legittimità, oppure con la procedura del silenzio-rifiuto e la conseguente impugnativa giurisdizionale [...]"), ma che è stata qualificata dalla giurisprudenza in termini di silenzio diniego: Cons. St., sez. V, 16 ottobre 2001, n. 5471, in *Foro amm.*, 2001, 2799; in termini, più di recente Cons. St., sez. III, 28 ottobre 2010, n. 3397, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 2250, dove peraltro si specifica che la valenza di tale silenzio è essenzialmente processuale "giacché abilita il ricorrente gerarchico a scegliere fra la proposizione del ricorso giurisdizionale contro il provvedimento nei termini di decadenza, una volta formatosi il silenzio-rigetto, ovvero la proposizione dello stesso ricorso avverso

(altrettanto) autorevole dottrina dubiti che, in presenza di formule legislative che attribuiscono all'inutile decorso del termine per provvedere valore di diniego, si abbia realmente un silenzio significativo anziché un "silenzio mero"⁵⁸. Vero è però che la tesi che nega autonoma valenza categoriale al silenzio diniego⁵⁹ sembra frontalmente contraddetta da quella giurisprudenza per cui l'utilizzazione di una formula del tipo "la domanda si intende respinta" dimostra in modo esplicito la *voluntas legis* nel senso di qualificare il silenzio come atto reittivo⁶⁰: tale giurisprudenza peraltro non sembra avere ancora indicato, con accettabile grado di univocità, quali siano i parametri alla stregua dei quali effettuare la predetta qualificazione, in particolare se (come sembra) l'analisi debba arrestarsi al profilo letterale, ovvero se (come viceversa sarebbe opportuno) debba aversi riguardo ad altri (appunto: non meglio specificati) parametri. Occorre poi notare che, nella specie, la norma che prevede la formazione del silenzio diniego dovrebbe ricavarsi, in via interpretativa, dalla natura (restrittiva) del potere esercitato, mancando una esplicita presa di posizione in tal senso, nonché una normativa di carattere generale simile a quella dettata dall'art. 20 della l. 241, nel mentre deve riscontrarsi anche in questo caso l'assenza di una istanza in senso proprio (salvo che non si voglia ancora una volta assimilare la segnalazione ad una domanda). Non sembra inoltre dubitabile che - parafrasando il titolo di una fortunata saga cinematografica - il "ritorno all'azione di annullamento" ridonderebbe in una limitazione della tutela giurisdizionale accordata al terzo, in considerazione del carattere "asfittico" della materia del contendere, posto che un simile silenzio non presenta alcun "retrotterra procedimentale, né veste formale, né sostanza motivazionale"⁶¹, e ciò tanto più se si considerano le recenti acquisizioni, prima di stampo pretorio poi normativo, in tema di poteri esercitabili dal g.a. nel giudizio sul silenzio inadempimento (rito che, all'opposto, non dovrebbe trovare applicazione in caso di silenzio significativo).

La varietà delle tesi formulate riflette l'equivocità del dato normativo che non offre argomenti del tutto persuasivi a favore di nessuna delle contrapposte ricostruzioni, ma sembra piuttosto, come si è già notato⁶², offrirne *prima facie* per ognuna di esse, ragion per cui, gli interpreti, pur partendo dalle medesime disposizioni di legge, giungono a formulare soluzioni interpretative diametralmente opposte.

Il riferimento è *in primis* al richiamo, che l'art. 19 (anche nella versione risultante dalle modifiche del 2010) contiene, agli artt. 21-*quinqüies* e 21-*nonies*, norme che l'amministrazione deve osservare nell'adozione di non meglio specificate "determinazioni in via di autotutela"⁶³. Al riguardo, sembra opportuna una considerazione, per così dire, *in limine* all'interpretazione dell'esatta portata di questo riferimento: non manca chi sottolinea che il

la successiva decisione amministrativa, con la conseguenza che, anche se si è formato il silenzio-rigetto, l'Amministrazione non viene privata della potestà di decidere il ricorso gerarchico né il privato della legittimazione ad insorgere contro il provvedimento di rigetto dello stesso".

⁵⁸ SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit.. In particolare, tale A. annovera tra le implicazioni di regime della qualificazione dell'inerzia come silenzio diniego il fatto che l'amministrazione consumerebbe il proprio potere di provvedere (diversamente da quanto accade a fronte del silenzio non significativo), posto che il silenzio diniego sostituirebbe a tutti gli effetti il provvedimento esplicito. Invero, lo stesso GRECO, *op. ult. cit.*, ritiene che nella specie vi sia l'esaurimento del potere "generale" di inibire la prosecuzione dell'attività, nel mentre, successivamente, persisterebbero i poteri inibitori e ripristinatori del c.d. controllo speciale: "non vietare oggi non significa impedire che - di fronte a più specifici e mirati accertamenti - si possa vietare domani?" (in senso sostanzialmente non dissimile, cfr. PAOLANTONIO, GIULIETTI, *La segnalazione*, cit.). Vero è peraltro che in tema di accesso agli atti (quindi in un caso tradizionalmente qualificato come silenzio diniego), la giurisprudenza ritiene che il decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di accesso non consuma il potere della p.a., che può, quindi, sempre provvedere oltre il termine, anche in pendenza del giudizio per l'accesso; in tal caso, se l'istanza è accolta, il ricorso avverso al silenzio-diniego è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse: da ultimo v. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 10 novembre 2010, n. 14030, in www.giustizia-amministrativa.it. A conseguenze non dissimili alcuna giurisprudenza giunge in relazione alla questione se la formazione del silenzio (diniego) sul ricorso gerarchico esaurisca o meno il potere dell'amministrazione di pronunciarsi sul ricorso stesso: nel senso che il potere non si esaurisca, cfr. da ultimo T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 6 aprile 2010, n. 663, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1504, dove si richiama la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria in tal senso (Cons. St., Ad. Plen., 04 dicembre 1989, n. 16, in *Rass. avv. Stato*, 1990, I, 73, e n. 17, in *Foro it.*, 1990, III, 73). Il che, insieme ad altre considerazioni, testimonia le notevoli incertezze applicative collegate all'istituto del silenzio diniego.

⁵⁹ Prima delle riforme del 2005, in particolare, si riteneva che il silenzio diniego fosse una speciale figura di silenzio rifiuto, avverso cui poteva ricorrersi in sede giurisdizionale senza necessità della previa diffida: cfr. ancora SCOCA F.G., *op. ult. cit.*.

⁶⁰ Di recente, T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 17 settembre 2010, n. 17440, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 2889.

⁶¹ SCOCA F. G., *op. ult. cit.*; contra GRECO, *op. ult. cit.*. Ad esempio, in materia di istanza di accertamento di conformità ex art. 13 l. 47 del 1985 (vedi ora art. 36 TUE) si ritiene che "il silenzio - diniego formatosi a seguito del decorso del termine di 60 giorni può essere impugnato nel prescritto termine decadenziale, senza però la possibilità di dedurre vizi formali propri degli atti, quali difetti di procedura o mancanza di motivazione, non sussistendo l'obbligo di emanare un atto scritto, ripetitivo degli effetti di reiezione dell'istanza, disposti dal menzionato art. 13": cfr. di recente T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 3 dicembre 2010, n. 26794, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶² AULETTA, *D.i.a. e preavviso di rigetto*, *op. cit.*, 714.

⁶³ Le perplessità legate all'interpretazione del dato normativo in verità sono numerose: in altra sede, si è per esempio valutata l'incidenza della riforma *ex lege* 69 del 2009 riguardante il quinto comma dell'art. 19 sulla questione della natura giuridica della d.i.a. e quindi della selezione delle tecniche di tutela del terzo. Considerato che il quinto comma è stato trasfuso nell'art. 133 c.p.a., previa "depurazione" dal problematico richiamo (introdotto appunto nel 2009) al "ricorso esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, [che] può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso", le relative questioni interpretative hanno per così dire valore storico, e non sembra opportuno svolgerle compiutamente in questa sede: per chi sia interessato rinvio ancora una volta, anche per gli ulteriori riferimenti, al mio *D.i.a. e preavviso di rigetto*, cit., spec. 716 e ss.

richiamo alla norma dell'art. 21-*quinquies* sarebbe improprio, poiché esulerebbe dall'esercizio dei poteri di che trattasi qualsiasi profilo attinente all'opportunità, il compito dell'amministrazione risolvendosi nel controllo (privo di discrezionalità) se i presupposti dichiarati siano effettivamente sussistenti e tali da legittimare l'intrapresa dell'attività in questione⁶⁴; nel mentre, con specifico riferimento alla materia edilizia, sembra problematico conciliare questo dato con la scelta del legislatore di qualificare il permesso di costruire (cui la d.i.a., a certe condizioni, può essere alternativa) come atto irrevocabile (art. 11 TUE). Si può invero immaginare l'esercizio del potere di revoca in presenza di un mutamento della situazione di fatto, ambito nel quale si potrebbe far rientrare la intervenuta modifica degli atti programmatici a monte⁶⁵.

Ciò premesso, rileva notare che, se per chi sostiene che la dichiarazione di inizio attività sia un atto formatosi *per silentium* il richiamo alle norme in tema di autotutela suona come conferma dell'assunto di fondo della lettura "pubblicistica", posto che (i procedimenti e) gli atti di riesame presuppongono l'esistenza di un seppur tacito provvedimento da annullare o revocare⁶⁶, per quanti aderiscono ad una ricostruzione della natura della d.i.a. in chiave privatistica, il citato riferimento costituisce una vera e propria "smagliatura"⁶⁷, tale da costringere l'interprete alla "quadratura del cerchio"⁶⁸.

Avveduta dottrina fornisce allora una lettura "svalutativa" della norma in questione, nel senso che sarebbe "possibile sostenere che la disposizione [...] non possa che essere riferita alle ipotesi di pregresso esercizio del potere inibitorio (interdizione, invito alla conformazione)"⁶⁹. In senso contrario, si è osservato che un simile richiamo sarebbe – così argomentando – del tutto inutile, attesa la previsione generale del potere di autotutela con riguardo a tutte le manifestazioni provvedimentali dell'amministrazione⁷⁰. Se però si ritiene che il potere inibitorio vada esercitato entro un termine oltre il quale si "consuma", allora anche l'eventuale riesame dovrebbe ragionevolmente esaurirsi entro quel termine⁷¹: ne consegue che la funzione della norma sarebbe quella di consentire l'autotutela sui poteri inibitori anche oltre il termine previsto per il loro esercizio⁷². L'idea per cui l'autotutela sarebbe riferita alle uniche determinazioni provvedimentali riscontrabili nella fattispecie (cioè, come si è detto, ai provvedimenti inibitori) sembra compatibile anche con una interpretazione sistematica che tenga conto di quanto previsto dall'art. 21, commi 2 e 2-*bis*, della l. 241, per cui i poteri sanzionatori, quelli di vigilanza, previsione e controllo rimangono fermi anche nel caso in cui il privato abbia scelto la d.i.a. piuttosto che l'atto esplicito di assenso (e quindi il consueto schema del procedimento amministrativo diretto al rilascio di un atto ampliativo): in specie, se è vero che il potere sanzionatorio "sopravvive" allo spirare dei termini previsti per l'adozione di provvedimenti inibitori, atteso il suo carattere inesauribile⁷³, si potrebbe nondimeno ritenere che la disposizione in tema di autotutela riguardi proprio il caso in cui i poteri sanzionatori siano esercitati oltre il termine previsto per l'inibitoria⁷⁴. Dopo la scadenza del ridetto termine permarrrebbe un potere diverso da quello originario (di carattere rigidamente vincolato), condizionato ai limiti indicati dalle norme in tema di autotutela e diretto ad un intervento

⁶⁴ BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività "riformata": il diritto soggettivo (a regime amministrativo) tra silenzio-assenso ed autotutela*, in *Urb. e app.*, 2008, 838; MARZARO GAMBA, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio attività*, in *www.giustamm.it*; in senso contrario, v. GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali*, cit., per il quale si tratta di un richiamo "corretto e necessario".

⁶⁵ LIGUORI, *Note*, cit.; FERRARA L., *Dia (e silenzio assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 769.

⁶⁶ Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, 19 aprile 2006, n. 1885, in *Urb. e app.*, 2006, 836, con nota di BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività "riformata"*, cit. Si v. inoltre: T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 9 gennaio 2008, n. 74, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 251; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 2 ottobre 2007, n. 2253, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 3051, nonché in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 235, con nota di GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività*, cit.; Cons. St., Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, cit. in relazione alla quale v. GAFFURI, *op. ult. cit.* Si v., di recente, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 22 settembre 2009, n. 676, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che parla di "previo annullamento del provvedimento formatosi sulla d.i.a. [...], con il rispetto di tutte le forme sostanziali e procedurali previste per gli atti in autotutela". Prima della riforma del 2005, nel senso della natura provvedimentale della d.i.a., cfr.: Cons. St., Sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6919, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 8 giugno 2005, n. 433, in *www.lexitalia.it*; T.A.R. Veneto, Sez. II, 10 settembre 2003, n. 4722, in *www.giustamm.it*; T.A.R. Veneto, Sez. II, 20 giugno 2003, n. 3405, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 49 con nota di MACCHIA.

⁶⁷ FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2006, 167.

⁶⁸ PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attive e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 2798, spec. 2811.

⁶⁹ LIGUORI, *Note*, cit.; nello stesso senso, FERRARA L., *Dia (e silenzio-assenso)*, cit. 769.

⁷⁰ GANDINO, *La nuova d.i.a.: a proposito di semplificazione e autotutela*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 3805.

⁷¹ È quanto avviene nel caso degli atti di controllo: LIGUORI, *Annullamento dell'atto negativo di controllo negativo: decadenza del potere o del processo? (Nota a Cons. St., Sez. V, 8 luglio 1995, n. 1034)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 738 e ss..

⁷² LIGUORI, *Osservazioni sulla funzione e sulla disciplina della dichiarazione di inizio dell'attività edilizia*, ora in *Studi in onore di Leopoldo Mazzeuoli*, II, Padova, 2007, 109 e ss., spec. 117; ID., *Codice*, 792.

⁷³ Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2116.

⁷⁴ Nel mentre non sembra facile da sciogliere (se non ipotizzando un difetto di coordinamento) il nodo costituito dalla sovrapposizione tra l'art. 21, comma 1, che richiama l'art. 483 c.p., onde sanzionare a livello penale l'eventuale falsità della dichiarazione, e la nuova previsione dell'art. 19, comma 6, nella formulazione risultante dalla riforma del 2010, a mente della quale "ove il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni".

sanzionatorio circondato da maggiori garanzie⁷⁵. Troverebbe così spiegazione l'affermando carattere perentorio del termine per l'esercizio dei poteri interdittivi, in linea con quanto ritiene la consolidata giurisprudenza⁷⁶, perché dopo tale momento vi sarebbe un potere diverso da quello originario; in senso parzialmente contrario, si è autorevolmente sostenuto che, se la disposizione in tema di autotutela viene riferita all'esercizio per la prima volta oltre il termine del potere inibitorio, la stessa potrebbe tutt'al più assumere carattere sussidiario, poiché diretta a predisporre un rimedio nel caso in cui le leggi speciali non prevedano un sistema sanzionatorio vero e proprio: ma si tratta evidentemente di una ipotesi che mal si attaglia alla materia edilizia⁷⁷.

Per una diversa linea di pensiero, poi seguita dal Consiglio di Stato nella nota pronuncia n. 717 del 2009, il riferimento all'autotutela non andrebbe enfatizzato, poiché tale potere ben può avere ad oggetto rapporti piuttosto che atti⁷⁸: ed allora il terzo comma dell'art. 19 farebbe richiamo ai criteri sostanziali e procedurali (ispirati come noto alla valutazione della consistenza delle posizioni di controinteresse, tenuto conto del tempo trascorso - in questo caso - dall'instaurazione del rapporto⁷⁹) alla luce dei quali esercitare il potere interdittivo una volta che sia spirato il termine all'uopo previsto, ferma restando la natura privatistica della dichiarazione di inizio attività. Invero, il riferimento all'autotutela potrebbe addirittura essere invocato contro la tesi del titolo abilitativo tacito *"perché se la d.i.a. fosse veramente un provvedimento non vi sarebbe nemmeno bisogno di prevedere un potere di annullamento d'ufficio o di revoca, essendo a tal fine sufficienti le norme di cui agli artt. 21-quinquies e 21-nonies"*⁸⁰.

Come si anticipava, la soluzione offerta in rapporto alla questione della natura sostanziale della d.i.a. ha delle evidenti ricadute sul piano processuale, specie per quanto attiene alla selezione dei mezzi di tutela attingibili dal terzo, cioè da chi sia controinteressato alla prosecuzione (ovvero alla permanenza) dell'attività (ovvero dell'opera) avviata (ovvero realizzata) tramite dichiarazione (o denuncia) sostitutiva. È chiaro infatti che se si ricostruisce la fattispecie in termini provvedimentali, la tutela del terzo debba svolgersi nelle consueta forma impugnatoria, il che – si opina – sarebbe del tutto conforme alle esigenze di parità di trattamento rispetto al caso di chi intenda contestare un provvedimento espresso assentivo di un'analoga attività⁸¹. Tali esigenze risulterebbero viceversa pregiudicate laddove, considerando la d.i.a. come atto soggettivamente ed oggettivamente privato, come tale non impugnabile immediatamente, si ritenga che il terzo debba dapprima richiedere l'intervento inibitorio della p.a., e subordinatamente alla sua inerzia esercitare un ricorso avverso il silenzio inadempiuto. L'orientamento in esame sembra tanto più deficitario rispetto alle ragioni di tutela del terzo, se si considera quanto sostenuto dalla prevalente giurisprudenza sull'oggetto della pronuncia in esame, nella quale il giudice potrebbe tutt'al più dichiarare l'obbligo di provvedere, senza alcuna statuizione in merito al provvedimento da adottare⁸²: sembra peraltro trattarsi di una soluzione discutibile – e che a ben vedere si potrebbe riproporre, sotto diverse spoglie, quando si ritiene che l'azione spettante al terzo sia quella di accertamento autonomo, aspetto del quale si dirà *infra* – sol che si consideri che nei procedimenti di cui si tratta non sono implicati margini di valutazione discrezionale, onde sembra potersi ammettere, in sede di pronuncia sul ricorso avverso il silenzio, una statuizione sulla "fondatezza dell'istanza", come oggi chiaramente conferma la previsione (che esprime a parere di chi scrive un principio più generale dell'ordinamento) dell'art. 31, comma 3, c.p.a.. Ed invero, al di là del dato offerto dalle recenti previsioni codicistiche, un simile percorso interpretativo appariva praticabile anche in precedenza, tanto ciò vero che (ancor prima che la legge del 2005 introducesse il potere giudiziale di conoscere della fondatezza dell'istanza) in una pronuncia (rimasta tuttavia isolata) il T.A.R. Lombardia aveva ritenuto che *"il ricorso con il quale si contesti il silenzio serbato da un Comune su una denuncia di inizio attività edilizia [...] ha ad oggetto l'accertamento della fondatezza o meno della pretesa all'emanazione di un provvedimento amministrativo avente il contenuto richiesto dal ricorrente, per cui si qualifica come vera e propria azione di adempimento nei confronti dell'amministrazione che non abbia adottato, nel termine*

⁷⁵ AULETTA, *Considerazioni intorno al c.d. affidamento del responsabile dell'abuso ed all'operazione qualificatoria del fatto nel caso di intempestivo esercizio del potere sanzionatorio in materia edilizia (a margine di T.A.R. Umbria, Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 23)*, in RGE, 2010, fasc. 5.

⁷⁶ T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 18 ottobre 2007, n. 909, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 3011; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 4 luglio 2006, n. 857, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 2332; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 27 giugno 2005, n. 8707, RGE, 2005, 1726.

⁷⁷ TRAVI, *La d.i.a. e la tutela del terzo: tra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, 1335.

⁷⁸ FONDERICO, *In nuovo tempo del procedimento amministrativo, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1017, spec. 1026.

⁷⁹ Prima delle modifiche apportate nel 2005 alla disciplina della denuncia di inizio attività si era qualificata in termini di affidamento la posizione del dichiarante a fronte del mancato esercizio dei poteri inibitori: Cons. St., Ad. Gen., 6 febbraio 1992, n. 27, in *Foro it.*, 1992, III, 200.

⁸⁰ Così Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, che può leggersi in: *Urb. e app.*, 2009, 572, con nota di FORMICA, *DLA e accertamento nel processo amministrativo*; *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 478 con nota di SCOTTI, *Denuncia di inizio attività e processo amministrativo: verso nuovi modelli di tutela?*; *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1245, con nota di VALAGUZZA, *La DLA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*; *Guida al diritto*, 2009, 13, 96 con nota di FORLENZA; *www.giustamm.it*, con nota di VETRO'.

⁸¹ Cons. Stato, Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811, in *Guida al diritto*, 2009, 3, 98; Cons. St., Sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3742, in *Foro amm., C.d.S.*, 2008, 2055; Cons. St., Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, 1240; più di recente v. Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 72.

⁸² Cons. St., Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2808; più di recente, v. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 24 settembre 2009, n. 5451, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

stabilito dalla legge, la statuizione di segno negativo applicabile, nel caso concreto, in base alle prescrizioni del vigente strumento urbanistico”⁸³

È peraltro noto che con la (già richiamata) pronuncia n. 717 del 2009, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto che la tutela del terzo “non può portare allo stravolgimento dell’istituto” – cioè al disconoscimento della sua natura di fattispecie privatistica con eventuale “deriva” autoritativa – e che sarebbe “una tutela non effettiva quella che, sulla base di una aprioristica ed indimostrata negazione dell’azione di accertamento, costringesse il terzo controinteressato rispetto all’attività edilizia iniziata sulla base della d.i.a. a presentare una istanza all’amministrazione volta all’esercizio del c.d. potere di autotutela per poi ricorrere, in caso di mancata risposta, al giudizio contro il silenzio rifiuto”. Ne discende il riconoscimento in capo al terzo di un’azione di accertamento volta all’accertamento della (in)sussistenza dei presupposti cui la legge (o un atto amministrativo a contenuto generale) subordina lo svolgimento dell’attività di che trattasi.

La soluzione accolta dalla Sesta Sezione (invero già proposta da attenta dottrina⁸⁴), e seguita dalla prevalente giurisprudenza dei T.A.R.⁸⁵, dischiude degli scenari assai interessanti, intercettando un tema, quello dell’accertamento “autonomo” del rapporto amministrativo, che a ben vedere tocca i c.d. massimi sistemi⁸⁶.

Per valutare la “tenuta” dell’orientamento espresso dal Consiglio di Stato nel 2009, bisogna separatamente tenere conto di due ordini di fattori: il primo attinente ai profili meno convincenti della pronuncia, per quanto non se ne disconosca l’innovatività; il secondo relativo all’incidenza delle previsioni contenute (ma nel caso di specie sarebbe più corretto dire: non contenute) nel Codice del processo amministrativo.

Sul primo versante, si possono evidenziare i seguenti aspetti problematici:

- a. occorrerebbe valutare se la tutela di accertamento dell’interesse legittimo abbia effettivamente (cioè al di là di quanto affermato dalla Sesta Sezione in tema di d.i.a.) carattere generale, atteso che la consolidata giurisprudenza amministrativa è orientata, pur dopo la sentenza n. 717, nel senso di ritenere ammissibile l’azione di accertamento a condizione che la posizione giuridica soggettiva abbia la consistenza del diritto soggettivo: ad esempio, argomentando dal rilievo che la pretesa del pubblico dipendente all’inquadramento in una qualifica superiore a quella posseduta è da qualificare in termini di interesse legittimo, il Consiglio di Stato ritiene inammissibile, nel caso ricordato, l’azione di accertamento⁸⁷;
- b. verificare se sia corretta la soluzione di fissare in sessanta giorni il termine per l’esperimento dell’azione di accertamento nel caso della d.i.a., onde garantire (si opina) una piena equiparazione (quanto ai limiti temporali) alla tutela impugnatoria: sotto questo profilo, taluno ha ritenuto ragionevole un’opzione di compromesso, per l’effetto ipotizzando l’applicazione in via analogica del termine annuale previsto per l’azione avverso il silenzio inadempimento⁸⁸, nel mentre sembra per certi versi assai più persuasiva la tesi per cui “il terzo che intende agire a tutela a tutela della propria sfera giuridica lesa da un supposto intervento sprovvisto di ogni titolo potrà comunque contestarlo in giudizio non già tramite l’impugnazione tesa all’annullamento di un inesistente provvedimento amministrativo, ma più semplicemente richiedendo l’accertamento della insussistenza dello jus aedificandi in capo al soggetto agente”, ragione per la quale si applicherebbe il termine di prescrizione e non quello di decadenza⁸⁹.

Per quanto concerne l’incidenza del Codice del processo amministrativo, giova anzitutto ricordare la tormentata gestazione della norma (originariamente presente nell’articolato) in tema di azione di accertamento: in specie, l’art. 36 del testo licenziato dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato l’11 febbraio 2010, al primo comma, attribuiva a chiunque avesse interesse il potere di chiedere “l’accertamento dell’esistenza o dell’inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l’adozione delle consequenziali pronunce dichiarative”; principio prontamente ridimensionato dalla previsione del terzo comma per cui “l’accertamento non può essere richiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”, come ad esempio (pare debba ritenersi) nel caso del potere di controllo circa la sussistenza dei presupposti legittimanti dichiarati dal privato⁹⁰. È noto tuttavia che tra le varie “amputazioni”⁹¹ subite dal testo poi tradottosi nel Codice vigente rientra per l’appunto

⁸³ T.A.R. Lombardia, Brescia, 1° giugno 2001, n. 397, in *Urb. e app.*, 2001, 1119.

⁸⁴ GAFFURI, *op. cit.*, 265.

⁸⁵ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 2 ottobre 2009, n. 4886, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 5 marzo 2009, n. 134, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 810, nonché T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 219, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 377, secondo cui peraltro il termine per esperire siffatta azione di accertamento sarebbe non quello di decadenza, bensì quello di prescrizione. Ulteriori riferimenti in COCUCI, *Le ipotesi di tutela del terzo dinanzi alla dichiarazione di inizio attività tra interventi normativi e giurisprudenza pretoria*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 1647, spec. 1648-1649.

⁸⁶ Imprescindibile, in tema, la lettura di GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981.

⁸⁷ Cons. St., sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5404, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 1972.

⁸⁸ FORMICA, *op. cit.*, 584; VALAGUZZA, *op. cit.*, 1317.

⁸⁹ T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 219, cit.

⁹⁰ Ma vedi in senso contrario quanto si legge a tal riguardo nella richiamata pronuncia 717: “non si tratta, dunque, di una tutela preventiva dell’interesse legittimo del terzo che sarebbe in contrasto con il fatto che l’ordinamento ha attribuito all’Amministrazione la gestione di determinati rapporti. Si tratta, viceversa, di una tutela a posteriori, richiesta a seguito della asserita lesione dell’interesse legittimo del terzo contro interessato rispetto alla d.i.a.”.

⁹¹ Così ROMANO TASSONE, *Così non serve a nulla*, in *www.giustamm.it*.

quella riguardante la norma richiamata in tema di azione di accertamento (sulla scorta, si è appreso, di ragioni di non aggravamento della spesa pubblica, invero insussistenti nella specie), sicché si pone la questione se l'orientamento della Sesta Sezione del Consiglio di Stato sia attualmente corretto o meno poiché il potere del g.a. di erogare la tutela di accertamento non è “coperto” da alcuna norma attributiva (ed anzi occorrerebbe considerare che l'art. 34, comma 2, c.p.a. – che sembra avere portata generale - esclude che tale giudice possa pronunciarsi “con riferimento a poteri non ancora esercitati”⁹²). Benvero, un simile rilievo non sembra ostativo all'ammissibilità dell'azione di accertamento innanzi al g.a., sol che si consideri che anche nel Codice di procedura civile manca una norma esplicita che riconosca una tale tutela, ma ciò non impedisce che la stessa sia ritenuta pacificamente attingibile, perché costituisce il *minum* di ogni attività di *iuris dictio*: il principio di effettività della tutela, che nella formula utilizzata dal legislatore costituente (art. 24 Cost.) accomuna diritti ed interessi legittimi, impone invero di orientarsi nel senso dell'ammissibilità dell'azione di cui si tratta quantunque non espressamente prevista dal Codice del processo amministrativo. In tale senso, può vedersi una recente decisione del T.A.R. Calabria che, seguendo il filone giurisprudenziale inaugurato dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, ha concluso nel senso che: “*l'azione a tutela del terzo che si ritenga lesa dall'attività svolta sulla base della D.I.A. non è, quindi, l'azione di annullamento, ma l'azione di accertamento dell'inesistenza dei presupposti della D.I.A. Tale azione (che sebbene non espressamente prevista trova il suo fondamento nel principio dell'effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 della Costituzione) va tuttavia proposta innanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva [...] nei confronti del soggetto pubblico che ha il compito di vigilare sulla D.I.A. (verso il quale si produrranno poi gli effetti conformativi derivanti dall'eventuale sentenza di accoglimento), in contraddittorio con il denunciante, che assume la veste di soggetto controinteressato (perché l'eventuale accoglimento della domanda di accertamento andrebbe ad incidere negativamente sulla sua sfera giuridica)*”⁹³. Il Giudice calabrese tocca un altro punto di rilevante interesse, attorno al quale ruota a ben vedere la stessa effettività della tutela del terzo, ove si ritenga di modellarla sullo schema dell'azione di accertamento autonomo: in effetti, la sentenza che si limiti ad affermare *sic et simpliciter* l'inesistenza dei presupposti dichiarati potrebbe rivelarsi poco o punto soddisfacente per il terzo ricorrente, se non si riconnettesse alla stessa la propagazione di effetti conformativi idonei ad obbligare la p.a. a “*porre rimedio alla situazione nel frattempo venutasi a creare sulla base della D.I.A., segnatamente [a] ordinare l'interruzione dell'attività e l'eventuale riduzione in pristino di quanto nel frattempo realizzato*”. La soluzione è perfettamente in linea con quanto già affermato dal Consiglio di Stato, nella più volte citata pronuncia della Sesta Sezione⁹⁴: ci si potrebbe piuttosto ragionevolmente chiedere come mai non sia stato mosso “*il passo ulteriore rispetto al mero accertamento della lesione dell'interesse legittimo causata da un'attività intrapresa in assenza dei presupposti di legge*”⁹⁵. Trattandosi infatti di manifestazioni rigidamente vincolate “*il giudice amministrativo potrebbe, pro futuro, esplicitare nel dispositivo, in aggiunta all'accertamento della lesione, anche la condanna dell'amministrazione a rimuoverla. Si aprirebbe così la strada anche all'azione di adempimento in senso proprio*”⁹⁶.

⁹² Un'autorevole dottrina ha di recente rilevato che “*l'inerzia protratta oltre il sessantesimo giorno conclude il procedimento e l'amministrazione perde il potere di intervento (in sede di controllo generale); [...] la posizione del presentatore della SCLIA si consolida e diventa diritto soggettivo perfetto (salva l'attivazione di poteri di controllo 'speciale', che tuttavia presuppon[e] l'apertura di un apposito procedimento)*”. Sulla scorta di tali premesse si ritiene quindi che il silenzio nel caso in esame sia significativo, nel senso che rappresenta l'esito negativo del procedimento diretto all'adozione dei provvedimenti restrittivi: mancando nella specie i poteri autorizzatori (o più in generale ampliativi), che viceversa sono sostituiti da un atto privato di auto-amministrazione, il silenzio non può infatti assumere significato di assenso. Partendo da tale premessa (per la quale v. *amplius* nel testo) e riconoscendo che nella specie la tutela sarebbe di carattere impugnatorio, sarebbero pertanto superate anche le strettoie del secondo comma dell'art. 34 c.p.a., posto che “*quale che sia la portata di questo precetto, è chiaro, infatti, che il problema non si pone nel caso del silenzio-diniego, che presuppone che il potere sia stato esercitato*”: cfr. GRECO, *La SCLIA e la tutela dei terzi*, cit.

⁹³ T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 23 agosto 2010, n. 915, su cui vedi le osservazioni di IANNI, in *La Rivista Nel Diritto*, 2010, 1337.

⁹⁴ Ad avviso del Supremo consesso, “*emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'Amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti*”.

⁹⁵ CLARICH, ROSSI SANCHINI, *Verso il tramonto della tipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in *La Rivista Nel Diritto*, 2009, 447 e ss., dove vengono ampiamente riprese le idee esposte in un mirabile saggio del 2005: il riferimento è a CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557.

⁹⁶ CLARICH, ROSSI SANCHINI, *op. cit.*, 455; nello stesso senso v. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008, 239, ad avviso del quale si rende necessario prospettare “*l'esperibilità da parte del terzo, nell'ambito del rito ordinario di cognizione, di un'azione di condanna per reagire all'illegittima inerzia dell'amministrazione [...]*”.