amministrativ@mente
Rivista di diritto amministrativo

# L'istituto della segnalazione certificata di inizio attività alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali*

di Tiziana D'Ambrosio

*Sommario*

1. Premessa; 2. La SCIA tra semplificazione e liberalizzazione: il problema della sua natura giuridica; 2.1. La tesi della natura pubblicistica della SCIA; 2.2. La tesi della natura privatistica; 3. I recenti interventi giurisprudenziali e normativi; 4. Conclusioni.

**1. Premessa**

Le continue modifiche legislative ed i ripetuti arresti giurisprudenziali concernenti l'art. 19 della L. 241/1990, che disciplina l'istituto della segnalazione certificata di inizio attività[1], richiedono periodicamente di fare il punto della situazione su quelle che sono considerate le questioni più controverse relative a detto istituto: natura giuridica e tutela dei terzi controinteressati[2].

Tra le ragioni, di ordine sia teorico che pratico, che possono (almeno in parte) giustificare questa situazione di 'instabilità' vi è, innanzitutto, la difficoltà di individuare univocamente quella che è definibile la *ratio* dell'istituto, le finalità

* Il lavoro è stato sottoposto ad una preventiva valutazione da parte di due referee anonimi.

[1] L'istituto della SCIA è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 49, co. 4-*bis* d.l. 31 maggio 2010, n. 78 («Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica»), convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122. L'attuale formulazione dell'art. 19 è frutto di una serie di ulteriori interventi normativi attuati ad opera di diversi decreti legge: D.L. 5 agosto 2010, n. 125 , convertito con modificazioni dalla L. 1 ottobre 2010, n. 163; D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106; D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148; D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni dalla L. 4 aprile 2012, n. 35 ed infine il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

[2] Sulla questione della natura giuridica e della tutela dei terzi la letteratura è ampia. Oltre agli scritti menzionati nel testo, si rinvia, tra i più recenti, a: A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo e la quadratura del cerchio*, in *Foro It.*, 2011, III, p. 501; V. PARISIO, *Direttiva Bolkestein, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P., 29 luglio 2011 n. 15*, in *Foro amm. TAR*, p. 2978; V. GIULIETTI – N. LONGOBARDI, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in *www.giustamm.it;* C. E. GALLO, *L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in *www.giustamm.it,;* F. BOTTEON, *La scia dopo la l.n. 148/11 di conversione del d.l. 13.8.2011, n. 138: si intensifica il contrasto con l'Adunanza Plenaria n. 15/11;* B. CIRILLO, *L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*, in *www.giustiziaamministrativa.it*; P. QUINTO, *Dalla DIA alla SCIA , al silenzio-assenso, alla circolazione dei diritti edificatori, nuove prospettive della pianificazione urbanistica*, in *www.giustamm.it*; N. PAOLANTONIO - W. GIULIETTI, *Art. 19 - Segnalazione certificata di inizio attività - Scia*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 750 ss.; G. GRECO, *La scia e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Giustamm.it*, n. 3/2011.



www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

dello stesso, che non sono pacificamente condivise in dottrina ed in giurisprudenza. Vi è poi la consapevolezza del ruolo strategico che riveste il tema in ambito economico, soprattutto in un periodo come quello attuale segnato da una situazione di congiuntura negativa che richiede, al fine del suo superamento, l'accrescimento del livello di competitività del Paese, in modo da renderlo più appetibile agli investimenti esteri.

Partendo dal primo aspetto sopra tratteggiato, e segnatamente dalle diverse posizioni afferenti la qualificazione dell'istituto, si può al riguardo individuare una contrapposizione tra chi ritiene che la SCIA si concretizzi in un vero e proprio strumento di liberalizzazione di determinate attività private (e come tale implicante un totale recesso dello Stato), e chi, invece, la considera un 'mero' istituto di semplificazione procedimentale, in virtù del quale i procedimenti, appunto, vengono ridotti alle sole fasi essenziali.

Si è così, da un lato, parlato, con riferimento all'art. 19, di «procedimento semplificato ed accelerato»[3], dall'altro, si è affermato che «la D.I.A. e il silenzio– assenso costituiscono forme della c.d. liberalizzazione amministrativa, ossia della eliminazione o riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private»[4].

Altri ancora hanno utilizzato il concetto di deamministrativizzazione, in contrapposizione alla semplificazione, ancorando entrambe al principio di proporzionalità di derivazione comunitaria: «se il parametro legittimante l'azione amministrativa è quello della sua indispensabilità, ne esce rafforzata la prospettiva della deamministrativizzazione delle attività private, intesa come eliminazione dei momenti di controllo amministrativo prima normativamente previsti. Il principio implicito – mediante l' "ancoraggio" comunitario – della deamministrativizzazione, vale, *fortius*, per la semplificazione (che "disbosca" gli interventi amministrativi, pur senza eliminarli del tutto)»[5].

Alle esigenze di liberalizzazione/semplificazione sono state ispirate numerose riforme legislative, di cui non possono sottacersi i pericoli. Ciò appare chiaro allorquando si collega la complessità dell'azione amministrativa a quella degli interessi di volta in volta coinvolti nell'agire amministrativo, complessità questa che rappresenta carattere precipuo della società attuale[6]. Come è stato osservato in dottrina, vi è «un tasso minimo di complessità normativa ed amministrativa al di sotto del quale non possiamo scendere, pena la disapplicazione di regole essenziali per il vivere civile»[7].

In particolare, è stato efficacemente osservato che con la DIA/SCIA (ed il silenzio assenso) si elimina (o comprime) il passaggio finale del

[3] Cons. Stato , sez. IV, n. 5811/2008.

[4] G. CORSO, *Perché la complicazione?*, in *Nuove Autonomie*, 2008, fasc. 3 - 4, p. 325. Si segnala che il volume della Rivista è interamente dedicato al tema della semplificazione.

[5] S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro Amministrativo-TAR*, 2005, pagg. 2635 e ss., pag. 2638.

[6] Si è così evidenziato in dottrina che «Quanto più, per effetto della definitiva (e sempre più diffusamente estesa) affermazione del sistema democratico, tutti gli uomini attraverso il voto (possono contare, e anzi) contano, tanto più tutti, o quasi, i loro interessi e bisogni (e comunque un numero assai elevato di essi) assumono dignità (di esistenza) giuridica e – 'penetrando', a dir così, la coltre delle istituzioni – danno luogo alla complessità della società contemporanea», G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 1 ss., 246.

[7] G. ARENA, *L'implementazione della semplificazione amministrativa*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 237 ss., 237. L'autore evidenzia anche che «la complessità normativa e amministrativa non sono altro che lo specchio della complessità della società italiana, del suo essere una società articolata, variegata, pluralista, ciò che considerato da un altro punto di vista costituisce una delle ricchezza del nostro Paese» (p. 237).

procedimento amministrativo: la fase decisionale. In tal modo, però, si trasferiscono «oneri e responsabilità agli amministrati» ed inoltre «si caricano le attività soggette ad una mera dichiarazione/segnalazione di avvio delle numerose e irrisolte questioni interpretative sollevate dallo specialissimo (e discusso) strumento disciplinato dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990»[8].

È così di tutta evidenza la delicatezza e la centralità del tema[9].

Alla luce di ciò è interessante verificare in che modo le nuove norme e le diverse posizioni giurisprudenziali impattino sulla qualità dell'azione amministrativa, dal punto di vista sia del segnalante che del terzo controinteressato. Nell'affrontare questi temi l'attenzione sarà rivolta all'evoluzione registratasi recentemente in campo giurisprudenziale e normativo, tenuto conto degli apporti della dottrina.

Partendo dall'attuale dato normativo, l'attenzione sarà rivolta, *in primis*, alla collocazione della SCIA tra i moduli di liberalizzazione o semplificazione dell'attività procedimentale; saranno, poi, affrontati i connessi temi della natura giuridica e degli strumenti approntati dall'ordinamento a tutela del terzo.

Il paragrafo conclusivo sarà la sede per svolgere una riflessione sulle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali, evidenziando quelle che sono le nuove e vecchie problematiche ancora irrisolte in tema di SCIA.

## 2. La SCIA tra semplificazione e liberalizzazione: il problema della sua natura giuridica

Nell'affrontare la problematica della natura giuridica della SCIA, non si può non partire dal domandarsi qual è la funzione dell'istituto, infatti, la questione della sua qualificazione investe «e si manifesta già sul piano delle opzioni, per così dire, ideologiche di fondo circa la funzione assolta dall'istituto di cui si tratta: segnatamente, se l'intento perseguito dal legislatore sia stato quello di disporre una misura di liberalizzazione in relazione a determinate attività private ovvero di disciplinare una forma di semplificazione dei procedimenti autorizzatori»[10].

L'individuazione di detta funzione, e dunque delle finalità dell'istituto, ha dato adito – come accennato in premessa – a diverse ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali. In particolare, vi è un filone di pensiero che colloca la SCIA tra gli istituti di semplificazione procedimentale, ed un

---

[8] Così M. A. SANDULLI-G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito dell'attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *www.aragon.es*, p. 62.

[9] Sui percoli insiti nella semplificazione del procedimento amministrativo si v. ad es. R. GAROFOLI, *Semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa nel contesto del riformismo amministrativo italiano degli ultimi decenni,* in *www.giustizia-amministrativa.it,* in cui l'autore afferma che «la semplificazione del procedimento amministrativo e taluni istituti attraverso il cui potenziamento si è inteso realizzarla (silenzio-assenso e d.i.a.) rechi con sé una deprecabile deresponsabilizzazione dell'amministrazione e dei suoi agenti, e, per l'effetto, un abbattimento della capacità degli apparati pubblici di assolvere adeguatamente i propri compiti».

[10] A. AULETTA, *D.i.a. e preavviso di rigetto: note minime tra vecchi dubbi e nuove incertezze*, in *Foro Amm.-Tar*, 2010, pag. 710, il quale poi prosegue affermando che «Chi predilige una lettura (pan)pubblicistica afferma infatti che tale tutela debba seguire il consueto canovaccio del giudizio impugnatorio, il che sarebbe anche conforme - si opina - alle esigenze di parità di trattamento rispetto al caso in cui si intenda contestare un provvedimento espresso assentivo di un'analoga attività .

Esigenze che sarebbero viceversa compromesse laddove, muovendo dal presupposto logico della natura privatistica della d.i.a., si ritenga che il terzo debba dapprima sollecitare l'intervento inibitorio da parte della P.A. e poi eventualmente agire ai sensi dell'art. 21 *bis* l. Tar, peraltro con la prospettiva (ben lungi dall'assicurare una tutela, come si usa tanto dire, effettiva) di ottenere una pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere, cioè senza alcuna statuizione in merito al contenuto del provvedimento da adottare».

altro che (sostenuta da dottrina e giurisprudenza prevalente), contrapponendosi ad esso, propende per il suo inquadramento tra le misure di liberalizzazione di attività economiche private, prima sottoposte ad atti di autorizzazione in senso lato.

Secondo la prima interpretazione, la DIA (ora SCIA), rispondendo ad esigenze di semplificazione procedimentale, sarebbe istituto «non idoneo in quanto tale ad escludere che per le attività sottoposte al relativo regime sia comunque necessario un atto di assenso dell'amministrazione, ancorché espresso per *silentium*»[11]; secondo diversa opinione, invece, essa rappresenterebbe uno strumento di autentica liberalizzazione di attività economiche private esercitabili senza un preventivo intervento del legislatore che si limiterebbe solo ad un controllo *ex post*[12].

Sempre nella prospettiva di semplificazione dei procedimenti amministrativi, invero, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 15/2011[13] ha dato rilievo anche ad una ulteriore ricostruzione secondo cui «pur dovendosi escludere che per effetto del silenzio dell'amministrazione si formi uno specifico ed autonomo provvedimento di assenso, sarebbe la denuncia stessa a trasformarsi da atto privato in titolo idoneo ad abilitare sul piano formale lo svolgimento dell'attività»; è questa la cd. DIA vestita in forma amministrativa[14].

L'adesione all'una o all'altra tesi genera conseguenze diverse in tema di natura giuridica e tutela del terzo.

Precisato ciò, il discorso non può che proseguire tentando di chiarire cosa debba intendersi per semplificazione e cosa invece per liberalizzazione. In base al significato che comunemente si attribuisce al termine, semplificare vuol dire letteralmente rendere semplice, più agile e funzionale, ridurre cioè la complessità; applicato all'azione amministrativa il termine indica la necessità di rendere l'operato della P.A. (che pur sempre è presente nella fattispecie), spesso farraginoso e complicato, più celere e spedito in vista del perseguimento dell'interesse pubblico. Il termine liberalizzazione implica, invece, nel suo significato tecnico, il recesso (totale) dello Stato, con la conseguenza di lasciare il relativo settore in mano ai privati cittadini; liberalizzazione come dunque «immunità dal potere»[15]. Invero, l'espressione ha nel caso di specie caso una connotazione atecnica «essendo usato in termini de-

[11] R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, *Nel diritto editore*, Roma, 2011, pag. 647.

[12] Così, *ex multis*, D. LAVERMICOCCA, *La SCIA e la sostituzione degli atti della p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 10, 2012, pag. 993; G. CIAGLIA, *La DIA in campo edilizio dopo la L. n.80/2005*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 8, 873; G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la DIA ed il silenzio-assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.*, fasc. 10/2005.

[13] Si v. *infra*.

[14] Si v. punto 5.3 della sentenza: «Secondo questo approccio ricostruttivo, cioè, la norma prefigurerebbe una fattispecie a formazione progressiva per effetto della quale, in presenza di tutti gli elementi costitutivi, verrebbe a formarsi un titolo costitutivo che non proviene dall'amministrazione ma trae origine direttamente dalla legge. Tali elementi sarebbero la denuncia presentata dal privato, accompagnata dalla prescritta documentazione, il decorso del termine fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio ed il silenzio mantenuto dall'amministrazione in tale periodo di tempo. Nella concomitanza di questi tre elementi, sarebbe, dunque, la legge stessa a conferire alla denuncia del privato la natura di "titolo" abilitante all'avvio delle attività in essa contemplate, senza bisogno di ulteriori intermediazioni provvedimentali, esplicite od implicite, dell'amministrazione. Ritiene il Collegio che anche tale tesi sia incompatibile con il rammentato assetto legislativo che rinviene il fondamento giuridico diretto dell'attività privata nella legge e non in un apposito titolo costitutivo, sia esso rappresentato dall'intervento dell'amministrazione o dalla denuncia stessa come atto di auto-amministrazione integrante esercizio privato di pubbliche funzioni».

[15] Cfr. A. BARTOLINI, *La c.d. liberalizzazione delle attività edilizie*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 1-2, 2012, che raccoglie gli Atti del convegno "La semplificazione nella disciplina del territorio", Trento, 8-9 ottobre 2010, pag. 107.



www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

scrittivi, per evidenziare, da un lato, il fenomeno del passaggio da un regime di controllo *ex ante* (connesso al regime del permesso di costruire) ad uno *ex post* (riguardante la DIA ora SCIA) e, dall'altro, la fenomenologia del venir meno di qualsiasi controllo, rendendo l'attività come libera»[16].

Invero, «la nozione di "liberalizzazione" non ha mai avuto il significato esclusivo di eliminazione di ogni controllo amministrativo su un'attività economica. Nè essa si ricollega ad uno specifico regime di ingresso sul mercato. Nella prassi, al contrario, se ne fa un uso spurio, che va dall'abolizione delle riserve di attività *ex* art. 43 Cost., al mutamento dei requisiti per il rilascio dei titoli abilitativi, al passaggio al regime di DIA o, come nel diritto comunitario, di autorizzazione generale, all'abolizione, infine, di ogni genere di controllo all'ingresso»[17].

Or dunque, già da queste prime note è possibile dedurre che nel settore in cui opera la SCIA non si può parlare di liberalizzazione vera e propria, non a caso in giurisprudenza al riguardo è stata coniata l'espressione di «liberalizzazione temperata»[18].

Trasponendo la dicotomia liberalizzazione/semplificazione sul piano della natura giuridica dell'istituto, è possibile suddividere le varie teorie che si sono avvicendate in due grandi scuole di pensiero: quella che ricostruisce la SCIA (*ex* DIA) in termini provvedimentali, in quanto la stessa darebbe luogo ad un atto amministrativo tacito[19] – la giurisprudenza ha parlato di «fattispecie provvedimentale a formazione implicita»[20] – e quella che considera la DIA come un atto del privato cittadino cui la legge ricollega direttamente l'effetto di abilitare l'istante all'esercizio dell'attività, senza che vi sia alcuna intermediazione da parte della P.A.[21]

---

[16] Ivi, pag. 106.

[17] G. FONDERICO, *op. cit.*.

[18] Si v. Cons. St., Ad. Plenaria, n. 15/2011.

[19] Per la tesi sulla natura provvedimentale della SCIA si v. ad es. G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività*, profili teorici, Milano, 2001; G.F. NICODEMO, *La Dia è un provvedimento abilitativo a formazione tacita*, in *Giornale di diritto amm.*, 2010, 8, 799 ss.; A. GRAZIANO, *La denuncia di inizio attività nella l. n. 80/2005 secondo l'ultima giurisprudenza. Natura giuridica dell'istituto, autotutela della p.a. e tutela giurisdizionale del controinteressato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[20] Si v. Cons. St., sez. V, n. 5811/2008.

[21] Si v., *ex multis*, Cons. St., sez. VI, n. 717/2009. Si sono, altresì, espressi affermando la natura privata della DIA in dottrina E. BOSCOLO, *op. cit.*, pag. 193; G. FALCON, *La regolarizzazione delle attività private e l'art. 19 della l. n. 241/1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, pag. 411 ss.; M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. II, Modena, 1996, pag. 494; F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla legge n. 241 del 1990*, in *Dir. Amm.*, 2007, pag. 369 e *Ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del terzo controinteressato dopo le riforme del 2005 alla legge n. 241/1990*, in questa *Rivista*, 2008, pag. 235; W. GIUGLIETTI, *Attività di diritto privato e potere amministrativo*, cit., spec. Capitolo II; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, *passim*; A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in questa *Rivista*, 2002, pag. 16 ss. Cfr; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 1003; R. CHIEPPA-V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 339. al riguardo, v. A. TRAVI, *La DIA e la tutela del terzo: tra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, pag. 1325; E. BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività «riformata»: il diritto soggettivo (a regime amministrativo) tra silenzio assenso ed autotutela*, in *Urb. e app.*, 2006, pag. 836; M.A.SANDULLI, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (note a margine della legge di conversione del d.l. 35/2005)*, in *www.giustamm.it*; W. GIULIETTI, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un indirizzo in trasformazione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di Paolantonio, Police, Zito, *Le nuove leggi amministrative*, 2005, pag. 370; LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2009, pag. 77, dove possono vedersi i riferimenti a precedenti lavori di questo stesso A. in tema di d.i.a.; nonché LIGUORI, TUCCILLO, *Commento all'art. 23*, in *Testo Unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, II ed., Milano, 2009, pag. 378; S. TOSCHEI, *La Dia non è un atto amministrativo ma del privato che comunica*

La discussione in esame non ha natura meramente formale poiché «l'adesione all'una piuttosto che all'altra ipotesi ricostruttiva si riverbera poi (ed anzitutto) sulla forma di tutela accordata al terzo controinteressato alla prosecuzione dell'attività intrapresa tramite d.i.a.»[22].

Ad alimentare il dibattito vi è stata, di certo, l'equivocità del dato normativo[23]. Come è stato osservato in dottrina «emblematico in tal senso il richiamo, che la norma contiene, agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* per la disciplina di non meglio identificate "determinazioni" che la P.A. conserva il potere di adottare»[24].

Alcuni hanno interpretato tale riferimento normativo come un, seppur implicito, riconoscimento della natura provvedimentale della DIA (ora SCIA), richiedendo l'esercizio di questi poteri un precedente atto amministrativo da annullare o revocare[25]; altri invece hanno cercato di ridimensionare il riferimento all'autotutela, così come il Consiglio di Stato il quale ha sostenuto che il riferimento ai poteri di autotutela nella disciplina della DIA rappresenta il riconoscimento «della possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedimentali previsti da tali norme»[26]. Il Collegio ha altresì precisato che «quel riferimento, anzi, 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 generali di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*»[27].

### 2.1 La tesi della natura pubblicistica della SCIA

La tesi che qualifica la DIA come un atto amministrativo ritiene che la stessa si configuri quale un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale che si perfeziona a seguito della mancata adozione, nel termine previsto, del provvedimento di divieto[28]. In tale ottica interpretativa, verrebbe a delinearsi, dunque, un atto tacito di assenso, soggettivamente ed oggettivamente amministrativo, quale esito di una fattispecie a formazione progressiva che trova origine nell'atto del privato.

Così la giurisprudenza ha definito la DIA quale «istanza autorizzatoria, che, con il decorso del termine di legge, provoca la formazione di un "titolo", che rende lecito l'esercizio dell'attività e cioè di un provvedimento tacito di accoglimento di una siffatta istanza»[29].

In questa prospettiva, La DIA/SCIA, dunque, non è uno strumento di liberalizzazione imperniato sull'abilitazione legale all'esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio pubblicistico, ma rappresenta un modulo di semplificazione procedimentale che consente al privato

*l'intenzione d'intraprendere un'attività*, in *Guida al diritto*, 2011, 37, 99.

[22] A. AULETTA, *op. cit.*, pag. 710.

[23] Al riguardo occorre osservare che le ripetute modifiche legislative non hanno fatto altro che incrementare l'incertezza dell'ambito di applicazione dell'art. 19. Sul tale aspetto si rinvia a B. G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2010, nonché M. CLARICH, *Dalla Dia alla Scia: molto rumore per nulla*, in *Dir. prat. amm.*, 2010, 10; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la teoria del* Big Rip, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 1133.

[24] A. AULETTA, *op. cit.*, pag. 715.

[25] Si v. nota 18.

[26] Cons. St. , Sez. VI, n. 717/2009.

[27] Cons. St. , Sez. VI, n. 717/2009.

[28] Si v. Cons. St., Sez. VI, 5.4.2007 n. 1550; Cons. St., Sez. IV, 25.11.2008 n. 5811; Cons. St., Sez. IV, 13.01.2010 n. 72,; Cons. Stato, Sez. IV, 08.03.2011, n. 1423; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 27.5.2009 n. 855.

[29] Cons. St., Sez. IV, 25.11.2008 n. 5811.

di conseguire, per effetto di un'informativa equiparabile ad una domanda, un titolo abilitativo costituito da un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale che si perfeziona a seguito dell'infruttuoso decorso del termine previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento di divieto.

Corollario processuale di detta tesi è l'affermazione secondo cui i terzi lesi dal silenzio serbato dall'amministrazione a fronte della presentazione della DIA/SCIA sono legittimati a reagire con le forme e nei tempi del ricorso ordinario di annullamento del provvedimento amministrativo[30].

A fronte di tale ricostruzione, il terzo che si ritenga danneggiato potrebbe ricorrere al giudice amministrativo onde ottenere l'annullamento dell'atto di assenso tacito nel termine decadenziale di sessanta giorni dalla conoscenza della illegittimità del comportamento silente tenuto dalla P.A. Sotto il profilo della tutela del terzo, una ricostruzione siffatta permette, dunque, di ragionare seguendo le logiche tipiche del processo impugnatorio[31].

Uno dei principali argomenti a sostegno della natura provvedimentale dell'istituto è costituito dalla previsione espressa del potere amministrativo di assumere, una volta decorso il termine per l'esplicazione del potere inibitorio, determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21- *quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241/1990, riferimento che sembra presupporre un atto amministrativo di primo grado su cui sono destinati ad incidere i provvedimenti di secondo grado.

Come è stato rilevato, inoltre, se è ammesso l'annullamento d'ufficio, a maggior ragione, deve ritenersi ammissibile l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo[32].

Tra le diverse obiezioni mosse alla tesi pubblicistica la più rilevante è senz'altro il venir meno di qualsiasi differenza sostanziale tra gli istituti della DIA e del silenzio-assenso, ponendosi, in tal modo, contro il dato normativo che considera le due fattispecie come istituti diversi con una diversa funzione, considerando la DIA come modulo di liberalizzazione dell'attività privata non più soggetta ad autorizzazione ed il silenzio assenso quale modello procedimentale semplificato finalizzato al rilascio di un pur sempre indefettibile titolo autorizzatorio. Caratteristica fondamentale della dichiarazione di inizio attività sarebbe proprio il venir meno di un titolo provvedimentale di legittimazione, lasciando in capo all'Amministrazione solo un potere di controllo a carattere inibitorio che deve essere esercitato nel termine prescritto dalla legge[33].

---

[30] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2558; 24 maggio 2010, n, 3263; 8 marzo 2011, n. 1423, in quest'ultima si legge ad es. che «I terzi, che si assumano lesi dal silenzio serbato dall'Amministrazione comunale a fronte della presentazione della d.i.a., sono legittimati a gravarsi non avverso il silenzio stesso ma, nelle forme dell'ordinario giudizio di impugnazione, avverso il titolo che, formatosi e consolidatosi per effetto del decorso del termine, si configura in definitiva come fattispecie provvedimentale a formazione implicita».

[31] In giurisprudenza è stato affermato che «nel caso della D.I.A., con il decorso del termine si forma una autorizzazione implicita di natura provvedimentale, che può essere contestata dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della D.I.A. o dell'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di D.I.A. Il ricorso ovvero il titolo abilitativo formatosi a seguito di D.I.A. ha, quindi, ad oggetto non il mancato esercizio dei poteri sanzionatori o di autotutela dell'amministrazione, ma l'assentibilità, o meno, dall'intervento», così Cons. Stato, Sez. IV, 5 aprile 2007, n. 1550.

[32] Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550.

[33] Si v. sul punto D. LAVERMICCOLA, *op. cit.*, pag. 994, che parla di «ribaltamento del rapporto tra cittadino ed amministrazione», con la conseguenza che «l'esercizio dell'attività non trova più il suo titolo legittimante in un

**2.2 La tesi della natura privatistica**

Secondo una diversa ricostruzione, la DIA/SCIA è un atto del privato sia dal punto di vista formale che sostanziale, con la conseguenza che la legittimazione all'esercizio dell'attività non è fondata su un atto di consenso della P.A. ma trova la propria fonte direttamente nella legge.

Il privato sarebbe, dunque, titolare di una legittimazione *ex lege* allo svolgimento dell'attività, gravando su di lui solo un onere di informativa. È stato osservato in dottrina che «il riconoscimento al privato della possibilità di dare immediato avvio ai lavori oggetto della segnalazione […] rafforza l'assunto secondo cui, per effetto della s.c.i.a., la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una legittimazione *ex lege*, secondo lo schema "norm-fatto-effetto", in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l'esercizio del diritto eliminando l'intermediazione del potere autorizzatorio della P.A.»[34].

Seguendo tale ricostruzione, non vi è possibilità alcuna di istruire un processo impugnatorio, per la mancanza del suo oggetto tipico: l'atto amministrativo. In tal caso l'individuazione degli strumenti di tutela processuale del terzo diventa ben più complessa. «Mancando in tal caso un provvedimento da impugnare, la tutela del terzo viene tradizionalmente ricondotta nei binari del giudizio sul silenzio, riconoscendo al terzo la titolarità di un'azione volta ad accertare l'obbligo per l'amministrazione di esercitare i poteri che avrebbe dovuto esercitare ma non ha esercitato. Sul punto [...] si registrano posizioni diverse sull'individuazione del potere oggetto dell'azione, se il generale potere repressivo sanzionatorio, se il potere inibitorio, ovvero entrambi»[35].

In un primo momento si è ipotizzato che il privato potesse inoltrare una diffida all'Amministrazione per attivare l'esercizio di poteri inibitori (evitando il consolidarsi di una DIA basata su presupposti errati). La diffida del terzo era funzionale, evidentemente, ad ottenere un provvedimento dall'Amministrazione, questo sì, impugnabile, ovvero un inadempimento, anch'esso contestabile secondo schemi usuali, seguendo il rito del silenzio inadempimento (o rifiuto). Tuttavia, giurisprudenza recente ha affermato che «L'applicazione del rito del silenzio all'omesso esercizio del potere inibitorio doveroso è resa problematica dalla circostanza che il silenzio-rifiuto postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del procedimento amministrativo, mentre, nella specie, lo spirare del termine perentorio di legge implica la definitiva consumazione del potere in esame. In altre parole, nel silenzio-inadempimento lo spirare del termine di legge non conclude il procedimento ma accentua il dovere della p.a. di porre fine all'illecito comportamentale permanente, al contrario di quanto accade nel caso di specie dove l'inerzia dell'amministrazione che si protragga oltre i confini di cui all'art. 19, comma 3, della legge n. 241/1990, conclude il procedimento estinguendo il potere amministrativo di divieto»[36] .

Vi è poi la ricostruzione secondo la quale il rimedio avverso il silenzio non significativo serbato dalla P.A. dovesse essere rivolto al mancato esercizio dei poteri di autotutela previamente

provvedimento amministrativo comunque denominato, bensì direttamente nella legge».

[34] GAROFOLI R.-G. FERRARI, *op. cit.*, pag. 647.

[35] E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. Amm.*, 2011, 04, 811

[36] Ad. Pl. Cons. Stato, n. 15/2011.



www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

sollecitati dal terzo. Cioè, quest'ultimo avrebbe dovuto proporre istanza di autotutela alla P.A., poi, solo successivamente, gli sarebbe consentito di impugnare il provvedimento conseguente all'istanza di autotutela di fronte al giudice amministrativo con l'azione nei confronti del silenzio rifiuto (o inadempimento) oggi disciplinato dagli artt. 31 e 117 c.p.a.[37].

Tuttavia, la possibilità di tutela del terzo attraverso questa complicata procedura non è veramente effettiva, poiché in seguito all'istanza di autotutela del terzo, non vi è un obbligo di provvedere in capo all'amministrazione[38] , ed inoltre il terzo subisce in più un allungamento dei tempi di tutela. Infatti, la P.A. non ha un vero e proprio obbligo di provvedere sanzionabile dal giudice amministrativo, in quanto, in sede di autotutela è titolare di un potere nettamente discrezionale in merito alla valutazione della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello del privato cittadino. Ne discende che, anche a seguito di una istanza di autotutela, il terzo potrebbe trovarsi senza un provvedimento da impugnare al giudice amministrativo, al fine di vedere tutelata la sua situazione soggettiva.

Non è parsa convincente alla giurisprudenza neanche «la tesi che postula l'attivazione del rito del silenzio rifiuto al fine di contrastare l'omessa adozione dei provvedimenti sanzionatori, posto che il potere richiamato dall'art. 21 della legge n. 241/1990 è soggetto a stringenti limiti che lo rendono inidoneo a soddisfare, in modo effettivo e pieno, la posizione del terzo. Si consideri, in particolare, che la legislazione di settore consente all'amministrazione l'adozione di sanzioni pecuniarie che, per loro natura, sono inidonee a soddisfare l'interesse del terzo ad ottenere una misura che impedisca l'attività denunciata e neutralizzi gli effetti dalla stessa già prodotti»[39].

L'altra soluzione ipotizzata, è quella di ammettere l'azione di accertamento[40], che consente di mantenere la qualificazione della DIA/SCIA come atto privato ammettendo contestualmente una tutela diretta del terzo, senza introdurre ulteriori accorgimenti. «Una volta ammessa la possibilità di esperire l'azione di accertamento, anche le finzioni interpretative cui si è dato corso vengono a perdere la loro ragion d'essere e il percorso ricostruttivo sostanziale e processuale della DIA si mantiene pianamente fedele alla *ratio* che ha portato all'introduzione dell'istituto, che consiste nella liberalizzazione dell'attività»[41] . La tesi è stata sostenuta anche dal Consiglio di Stato il quale ha affermato che: «la sostituzione del provvedimento espresso con d.i.a. non può avere l'effetto di diminuire le possibilità di tutela giurisdizionale offerte al terzo controinteres-

[37] Si v., ad es. Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2007 n. 948; Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4453

[38] L'istanza di autotutela ha un valore esclusivamente sollecitatorio, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 1195. La giurisprudenza concorda con il valore sollecitatorio da attribuire all'autotutela, cfr. Cons. giust. amm. Sic., 12 novembre 2008 n. 930, secondo cui «L'annullamento in autotutela di un provvedimento non si configura come atto dovuto, salvi casi eccezionali, dacché, incidendo su posizioni giuridiche soggettive consolidate, esso è sempre dipendente dalla valutazione dei presupposti. [...] Sia pure con i consueti limiti sotto il profilo dell'eccesso di potere, l'annullamento in autotutela si qualifica quindi sempre come atto discrezionale, ai fini del quale la partecipazione del soggetto inciso (titolare della situazione giuridica soggettiva che sarebbe comunque modificata dall'annullamento) deve essere posto in grado non solo di conoscere l'avvio della procedura, ma anche e soprattutto di prospettare e far valere esattamente quegli interessi privati che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare in comparazione».

[39] Ad. Pl. Cons. Stato, 15/2011.

[40] Sul tema si rinvia a STELLA RICHTER P., *Per l'introduzione dell'azione di mero accertamento nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1998, 388.

[41] Così S. 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, 4, pag. 1260.

sato, costringendolo negli angusti limiti del giudizio contro il silenzio rifiuto»[42]. La sentenza da ultimo citata, prendendo posizione a favore della natura giuridica della DIA, si occupa anche della conciliabilità tra la nozione della DIA quale atto privato ed il richiamo al potere dell'Amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*. Si è sostenuto che, invero, il riferimento agli artt. 21- *quinquies* e *nonies* richiami un potere che non è tecnicamente di secondo grado «in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'Amministrazione, ma che con l'autotutela classica condivide soltanto i presupposti e il procedimento. In questo senso, deve ritenersi che il richiamo agli artt. 21- *quinquies* e 21-*nonies* vada riferito alla possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedimentali previsti da tali norme»[43]. In particolare, «il riferimento alle norme in tema di autotutela valga a definire non tanto l'aspetto relativo alla natura della DIA, quanto quello della natura del termine dei trenta giorni di cui al comma 3 dell'art. 19. Il legislatore avrebbe così chiarito che tale termine è un termine perentorio per l'esercizio dei poteri di accertamento di natura vincolata, e non meramente sollecitatorio. E quindi il richiamo agli artt. 21-*quinquies* e *nonies* starebbe a significare che, ove l'Amministrazione si avvedesse della mancanza dei presupposti, scaduto quel termine, non potrebbe più procedere all'esercizio dei propri poteri inibitori, *tout court*, senza motivare le proprie decisioni alla luce dell'interesse pubblico»[44].

Alla luce di ciò, le interpretazioni possibili sono due, o il legislatore indicando espressamente la facoltà per la P.A. di agire in autotutela è pleonastico, potendosi questa facoltà della P.A. già dedurre dai principi generali, ovvero dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990 n. 241, o questa espressa previsione è indice della volontà del legislatore di provocare l'applicazione dell'autotutela anche ad un istituto, quello della DIA, al quale l'autotutela non sarebbe applicabile, per l'assenza di un provvedimento amministrativo.

### 3. I recenti interventi giurisprudenziali e normativi

Il dibattito relativo alla natura giuridica della DIA, oggi SCIA, resta ancora aperto.

A supporto della tesi della natura privatistica parrebbero deporre due fattori: la previsione della possibilità per il privato di iniziare immediatamente l'attività a seguito della segnalazione, e la previsione in capo alla P.A. di un potere inibitorio da esercitare nei successivi 60 gg. rispetto ad una attività che rinviene la propria legittimazione direttamente nella legge. Per contro, a favore della tesi provvedimentale permane la possibilità per la P.A. di agire in autotutela.

Di recente in materia è intervenuta l'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 15 del 2011 in cui ha sostenuto la natura privatistica dell'istituto.

In essa si legge che «la denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge», rispetto alla quale sussiste «un potere amministrativo di divieto, da esercitare a valle della presentazione».

[42] Cons. St., Sez. VI, 09.02.2009, n. 717.
[43] Cons. St., Sez. VI, 09.02.2009, n. 717.
[44] S. VALAGUZZA, *op. cit.*, pag. 1262.

Dopo aver affrontato la problematica della natura giuridica della DIA il supremo consesso si dedica alla non facile individuazione degli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento giuridico al terzo. La Plenaria confuta innanzitutto quelle che sono state le diverse tesi prospettate in dottrina e giurisprudenza secondo cui il terzo potrebbe invocare a sua tutela le norme in tema di silenzio-rifiuto (oggi artt. 31 e 117 c.p.a.) a fronte – a seconda dei casi – del mancato esercizio dei poteri inibitori, sanzionatori o di autotutela, in quanto inidonee a tutelare il terzo, per approdare ad una ricostruzione che fa leva sulla qualificazione del silenzio serbato dall'amministrazione in ordine all'esercizio dei poteri inibitori, quale provvedimento *per silentum* con cui la P.A. esercita in senso negativo il potere inibitorio. Si afferma nella decisione in parola che il silenzio, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio[45] .

La configurazione del silenzio in esame alla stregua di silenzio significativo produce precise conseguenze in merito alle tecniche di tutela praticabili dal terzo controinteressato all'esercizio dell'attività denunciata. Venendo in rilievo un provvedimento *per silentium* negativo, la tutela del terzo sarà affidata primariamente all'esperimento di un'azione impugnatoria, *ex* art. 29 codice del processo amministrativo, da proporre nell'ordinario termine decadenziale.
I Giudici amministrativi nella sentenza in rassegna, si pongono un ulteriore problema, ossia se l'azione di annullamento proposta dal terzo possa essere ritualmente accompagnata, ai fini del completamento della tutela, dall'esercizio di un'azione di condanna dell'amministrazione all'esercizio del potere inibitorio[46]. In definitiva, affermano i Giudici che l'architettura del codice, «portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo e dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69»[47] ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa[48].

[45] In Consiglio precisa che «Detto silenzio si distingue dal silenzio-rifiuto (o inadempimento) in quanto, mentre quest'ultimo non conclude il procedimento amministrativo ed integra una mera inerzia improduttiva di effetti costitutivi, il decorso del termine in esame pone fine al procedimento amministrativo diretto all'eventuale adozione dell'atto di divieto; pertanto, nella fattispecie in esame, il silenzio produce l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge. In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio di che trattasi, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio», si v. punto 6.2.1.

[46] Sull'azione di condanna nel processo amministrativo, cfr. L. TORCHIA, *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, in *Giornale di diritto amm.*, 2011, 11, 1187.

[47] V. punto 6.4.1. della sentenza.

[48] Per approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in Dir. Proc. Amm., 2009, 987 ss; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 35; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice*

Infine, i Giudici di Palazzo Spada analizzano l'ipotesi in cui il terzo agisca in giudizio nello *spatium temporis* che separa il momento in cui la DIA/SCIA produce effetti legittimanti dalla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio, al fine di ottenere una pronuncia che impedisca l'inizio o la prosecuzione, con effetti anche irrimediabilmente lesivi dell'attività dichiarata.

Osserva il Collegio che, non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un silenzio-rifiuto, l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa[49].

L'Adunanza deve al riguardo farsi carico del duplice problema dell'ammissibilità di un'azione atipica e della compatibilità di detta azione con il limite fissato dal comma 2 dell'art. 34 codice del processo in punto di divieto dell'adozione di pronunce con riguardo a poteri non ancora esercitati. Quanto al primo aspetto, l'Adunanza reputa che l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti all'esperibilità di un'azione di tal genere ogni qual volta detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo. Circa la seconda questione, cioè la compatibilità con l'art. 34, comma 2 del codice del processo amministrativo che fa divieto al giudice di pronunciare su «poteri non ancora esercitati», la Plenaria osserva che è indubbio che fino al termine di conclusione del procedimento il giudice non possa adottare una pronuncia di merito, ma che tale impedimento cessa però alla scadenza del termine predetto, che implica la definizione della procedura con l'esercizio del potere nei sensi prima esposti[50].

A breve distanza dalla pubblicazione della sentenza è intervenuto il D.L. 138/ 2011 convertito in L. 148/2011, il quale inserendo il co. 6-*ter*, ha statuito che «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104»[51]. Il legislatore ha in tal modo, da

*del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzaivi e riforme strutturali* (Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione), Milano 2011, 87.

[49] In tema si v. anche la già richiamata sentenza del Cons. Stato, 717/2009.

[50] V. punto 6.5.2 della sentenza in cui il Consiglio richiama la distinzione tra « i presupposti processuali - ossia i requisiti che devono sussistere ai fini della instaurazione del rapporto processuale - che devono esistere sin dal momento della domanda, e le condizioni dell'azione - ossia i requisiti della domanda che condizionano la decidibilità della controversia nel merito - che devono esistere al momento della decisione. Orbene, poiché nel caso di specie «la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione» che dunque «deve esistere al momento della decisione», se ne deriva che «l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del citato capoverso dell'art. 34».

[51] È interessante osservare al riguardo che mentre il D.L. 138/2011 stabiliva che «la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività *si riferiscono ad attività liberalizzata e* non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3, d. lgs. 2 luglio 2010 n.

un lato, aderito alla tesi della natura privatistica della denuncia/segnalazione sostenuta dall'Adunanza Plenaria, escludendo la sussistenza di un silenzio assenso direttamente impugnabile, dall'altro, in distonia con la decisione stessa, ha previsto che i terzi siano abilitati esclusivamente all'esperimento del rimedio avverso il silenzio rifiuto. Al riguardo pare condivisibile l'opinione manifestata in dottrina secondo cui in tal modo non solo si riducono «quantitativamente le azioni a disposizione del terzo quali determinate dall'adunanza plenaria» ma se ne introduce una che «non consente una idonea tutela cautelare e che non è in grado di soddisfare le esigenze di tutela del terzo con la stessa efficacia che connota le azioni prospettate dall'adunanza plenaria»[52].

Ad inizio anno vi è stata, poi, l'emanazione del D.L. n. 5/2012, convertito nella L. n. 35/2012, che ha limitato il ricorso alle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, o alle dichiarazioni di conformità da parte delle Agenzie delle imprese, ai casi già previsti. Ai fini del rilancio dell'economia e dell'attività d'impresa, a modificare l'art. 19 è intervenuto anche il D.L. 83/2012, convertito in L. 134/2012, il quale ha previsto che «Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti». Si è voluto in tal modo rendere il privato del tutto autonomo rispetto alle funzioni istruttorie della pubblica amministrazione per l'avvio dell'attività oggetto di segnalazione certificata, realizzando una «esternalizzazione delle pubbliche funzioni attribuite per legge»[53], attraverso il generale ricorso alle autocertificazioni e alle attestazioni di tecnici abilitati, anche in sostituzione dell'acquisizione di pareri di organi o enti appositi.

Invero, in tal modo, non si fa altro che aggravare la posizione del privato[54]. Infatti «è dubbio che in questo modo si raggiunga il risultato voluto, in quanto difficilmente il privato, ed in particolare il professionista, si assumerà la responsabilità di certificare, attestare, asseverare il rispetto di discipline spesso di difficile e contrastata interpretazione (si semplifica la procedura, ma sono sempre più complicate le normative da asseverare), con un crescente aggravio di costi per il medesimo»[55].

Interessante è poi la sentenza della Corte Costituzionale, del 26.06.2012, n. 164, che nel dichiarare la legittimità costituzionale dell'istituto ritenendo non fondate le eccezioni sollevate «perché la disciplina della SCIA rientra tra le competenze dello Stato, attenendo ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e so-

1044», la legge di conversione del decreto-legge, L.148/2011, ha, da un lato, cancellato l'inciso «si riferiscono ad attività liberalizzate» e, dall'altro lato, ha specificato che può essere esperita «esclusivamente» l'azione avverso il silenzio.

[52] Si v. F. BOTTEON, *Dall'ad. Plen. N. 15/2011 al "decreto semplificazioni": le novità in materia di Scia con particolare riguardo alla tutela del terzo*, in *Comuni d'Italia*, 1, 2012, pag. 18.

[53] Cfr. D. LAVERMICOCCA,*op. cit.*.

[54] Cfr. B. G. MATTARELLA, *op. cit.*, secondo cui «L'attuale formulazione dell'art. 19 (non diversamente, peraltro, da quelle del 2005 e del 2009) è una fonte inesauribile di incertezze: tutto il contrario di ciò di cui ha bisogno un imprenditore che voglia avviare un'attività economica e magari trovare anche un finanziamento bancario per quell'attività. [...]. A fronte di tutte queste incertezze, il legislatore esige un rigoroso rispetto della legge, comminando a chi sbaglia la reclusione da uno a tre anni. [...] La Scia, dunque, e` sempre più una procedura per privati coraggiosi, che siano disposti a rischiare un intervento inibitorio dell'amministrazione e forse anche una sanzione penale», pag. 1330.

[55] D. LAVERMICOCCA, *op. cit.*, pag. 993.



www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

ciali ai sensi dell'art. 117 comma 2 lett. m) cost.», ha affermato che «il riconoscimento della possibilità di dare immediato inizio ad una determinata attività, fermo restando l'esercizio dei poteri inibitori da parte della pubblica amministrazione, ricorrendone gli estremi, e fatto salvo il potere della stessa pubblica amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, assicura la prestazione specifica di una attività amministrativa, circoscritta all'inizio della fase procedimentale, strutturata secondo un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica, tutelando il diritto dell'interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l'iniziativa medesima».

Tra gli orientamenti più recenti del Consiglio di Stato, rilevante appare la sentenza n. 4318/2012, della IV Sezione, in cui si legge che «In caso di presentazione di dichiarazione di inizio di attività, l'inutile decorso del termine, di cui all'art. 23, t.u. 6 giugno 2001 n. 380, dei trenta giorni assegnati all'autorità comunale per l'adozione del provvedimento di inibizione ad effettuare il previsto intervento edificatorio, non comporta che l'attività del privato, ancorché del tutto difforme dal paradigma normativo, possa considerarsi lecitamente effettuata e, quindi possa andare esente dalle sanzioni previste dall'ordinamento per il caso di sua mancata rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi. Il *titolo abilitativo* formatosi per effetto dell'inerzia dell'amministrazione può infatti comunque formare oggetto, alle condizioni previste in via generale dall'ordinamento, di interventi di annullamento d'ufficio o revoca (cfr. Consiglio Stato, Sez. IV 25 novembre 2008 n. 5811). L'amministrazione non perde infatti i propri poteri di vigilanza e sanzionatori per cui, a fronte della presentazione della d.i.a., i controinteressati sono legittimati a gravarsi non avverso il silenzio stesso ma, nelle forme dell'ordinario giudizio di impugnazione, avverso il titolo che si è consolidato per effetto del decorso del termine procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. IV 08 marzo 2011 n. 1423)»[56].

**4. Conclusioni**

Nel concludere il discorso sull'evoluzione della SCIA e della problematica relativa alla tutela del terzo, non pare revocabile in dubbio che la liberalizzazione/semplificazione attuata con il ricorso all'istituto in parola non può comportare una diminuzione della tutela del terzo contro interessato. Per cui, chi si ritenga leso da un'attività svolta sulla base di una DIA/SCIA deve avere, in linea di principio, le stesse possibilità di tutela che avrebbe avuto a fronte di un provvedimento di autorizzazione rilasciato dalla P.A.

Invero, la soluzione adottata dal legislatore nel 2011 pare, viceversa, realizzare un passo indietro proprio in tema di tutela effettiva del terzo contro interessato[57].

La soluzione accolta dalla sentenza 15/2011, infatti, «improntata all'effettività della tutela»[58], faceva si che il «il cerchio della tutela poteva essere racchiuso in un unico giudizio senza necessità di attivare, dopo l'annullamento, la fase di

---

[56] Cons. Stato, sez. IV, 30.07.2012, n. 4318.

[57] È di questa opinione, ad es., F. BOTTEON, *op. cit.*, secondo cui la soluzione adottata dal legislatore non solo riduce «quantitativamente le azioni a disposizione del terzo quali determinate dall'adunanza plenaria» ma introduce anche un'azione che «non consente una idonea tutela cautelare e che non è in grado di soddisfare le esigenze di tutela del terzo con la stessa efficacia che connota le azioni prospettate dall'adunanza plenaria», pag. 18.

[58] M. CLARICH E G. FONDERICO, *La difficile vita della Scia*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2011, 9, pag. 30.



www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

ottemperanza»[59], non precludendo al ricorrente l'azione di condanna oltre quella di annullamento avverso la decisione implicita di non esercizio del potere[60].

La previsione legislativa, invece, costringe il privato danneggiato prima ad una reazione stragiudiziale e poi processuale determinando in tal modo un allungamento dei tempi processuali che rischia di vanificare la stessa utilità dell'azione[61]. Infatti, il terzo, a fronte di una SCIA a legittimazione immediata è costretto a sollecitare il potere inibitorio e ad attenderne l'eventuale esercizio ed in caso contrario esperire l'azione avverso il silenzio.

Inoltre, resta da capire come e quando debba essere effettuata la sollecitazione per l'esercizio del potere inibitorio. In dottrina è stato anche paventato il dubbio di un "ritorno al passato" per effetto di tale disposizione, infatti si è sostenuto che «se "sollecitare" vuol dire, come sembra, "effettuare una diffida", si vanifica il progresso compiuto dalla giurisprudenza e dal legislatore per rendere effettiva la reazione giuridica del privato nei confronti dell'inerzia dell'amministrazione» [62].

La soluzione indicata dal legislatore «pare nuocere anche allo stesso soggetto che ha presentato la s.c.i.a.: si consideri, al riguardo, che nel caso di silenzio inadempimento non vi è un termine decadenziale breve come invece nell'ipotesi di azione di annullamento, sicché il soggetto che ha presentato la segnalazione rischia di vedere protratta nel tempo una situazione di incertezza»[63]. Non soltanto dunque il terzo vede aggravata la sua tutela processuale, ma gli effetti negativi della modifica legislativa si riversano anche sul segnalante, costituendo le verifiche successive della P.A. «una spada di Damocle che pende sull'investimento del privato e sulla responsabilità del professionista, esposti ad accertamenti e sanzioni che, almeno per sessanta giorni (comma 3 dell'art. 19), potranno intervenire in caso di accertata "carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1", ai fini del divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa»[64].

Per cui, mentre la sentenza dell'Adunanza Plenaria sembrava operare nel senso di una massima tutela del terzo controinteressato[65], con

[59] *Ibidem.*

[60] L'effettività è stata in dottrina definita come «capacità del processo di rimediare ai fallimenti della tutela sostanziale (effettività della garanzia secondaria che corregge l'ineffettività della garanzia primaria). Quanto più si attenua lo scarto tra garanzia secondaria e primaria, tanto più la tutela giurisdizionale può dirsi effettiva», F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 2, pag. 504.

[61] Cfr. F. CARINGELLA, *op. cit.*, pag. 1245.

[62] F. COLALEO, *Denuncia di inizio attività e tutela del terzo*, in Giust. Civ., 2012, 5, 1371.

[63] Si v., R. GAROFOLI-G. FERRARI, *op. cit.*, pag. 732.

[64] D. LAVERMICOCCA, op. cit., pag. 997.

[65] Per una critica alle forme di tutela individuate dall' ad. Plenaria si rinvia a E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. Amm.*, 2011, 04, 811, il quale, in particolare, individua come ulteriore strada percorribile quella del giudizio ordinario. L'autore osserva che «la giurisprudenza ha più volte affermato che l'amministrazione, all'atto di autorizzare un intervento edilizio, non è in generale tenuta ad accertare l'esistenza di eventuali terze pretese fondate su norme civilistiche o su limiti negozialmente imposti, dovendo piuttosto circoscrivere il suo potere di controllo agli aspetti specificamente urbanistici ovvero alle norme poste per la preminente tutela dell'interesse pubblico alla corretta edificazione ed utilizzo del territorio. […] In base a tali rilievi sembrerebbe pertanto necessario, proprio in ragione del principio di doppia tutela invocato anche dalla Plenaria, che il terzo si rivolga al giudice ordinario in tutte quelle ipotesi in cui la *causa petendi* della sua azione sia incentrata sulla violazione di norme poste prevalentemente a tutela del suo diritto di proprietà e, al giudice amministrativo, nelle diverse ipotesi in cui la violazione riguardi norme che, in quanto poste a preminente tutela dell'interesse pubblico, devono necessa-

l'art. 6 della L. n. 148 del 2011, che – seguendo le orme del supremo Consesso – ribadisce la natura di atto privato della DIA (SCIA), si assiste ad una diminuzione dell'effettività della tutela del privato, dato che il legislatore gli riconosce esclusivamente la possibilità di esperire l'azione avverso il silenzio-rifiuto[66].

Le criticità dell'istituto non finiscono qui.

La dottrina, infatti, ha avuto modo di osservare che «le inevitabili incertezze provocate da tale regime (con particolare riguardo alla difficoltà di ricostruire l'effettiva natura di uno strumento che nasce privato e viene poi esposto ai poteri di intervento in secondo grado tipici degli atti amministrativi pubblici, nonché all'individuazione degli strumenti di tutela del terzo contro interessato) hanno naturalmente indotto ad un uso molto prudente dell'istituto», determinando così «un sostanziale fallimento dello stesso» ai fini semplificativi[67].

Peraltro, e a monte di tale discorso, lo stesso Consiglio non riconosce più la SCIA come una forma di liberalizzazione 'piena'. Nel suo argomentare l'Ad. Plenaria elabora, infatti, la nozione di «liberalizzazione temperata». Tale espressione è conseguenza della presa d'atto che in determinati settori economici la liberalizzazione non può che essere parziale in quanto il principio di auto responsabilità del privato è inevitabilmente temperato dalla persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata, a causa della sua profonda incidenza sull'interesse pubblico. Si è in presenza, dunque, di attività comunque sottoposte ad un regime amministrativo, con la significativa differenza che detto regime non prevede più un assenso preventivo di stampo autorizzatorio ma un controllo *ex post* da esercitarsi entro un termine perentorio con l'attivazione ufficiosa di un doveroso procedimento teso alla verifica della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'esercizio dell'attività dichiarata.

L'assenso preventivo, in sostanza, viene sostituito dal controllo 'a valle.

Proprio il persistere del regime amministrativo, si pone, invero, in contrasto sia con una ricostruzione puramente privatistica dell'istituto, sia con l'idea della SCIA/DIA quale autentico strumento di liberalizzazione, realmente alternativo al provvedimento autorizzatorio. Invero «con la Scia non si liberalizza alcuna attività, perché il controllo amministrativo rimane. [...] invece di un controllo preventivo e di un'autorizzazione espressa, vi sono un controllo successivo e un possibile intervento repressivo»[68].

riamente guidare il potere di controllo dell'amministrazione» pagg. 813-814.

[66] M. CLARICH E G. FONDERICO, *op. cit.*, secondo cui «Insomma, sulla tutela del terzo la legge di conversione del Dl n. 138/2011 e la sua legge di conversione potrebbero correre il rischio di disfare ciò che era stato faticosamente messo insieme, senza dare da subito una soluzione sostitutiva.

[67] M.A. SANDULLI-G. TERRACCIANO *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito dell'attuazione in Italia della direttiva Bolkestein*, in *Monografie Aragonesa Journal of public administration*, Governo di Aragona, Ed. Carbonell, 2011, pagg. 63-64.

[68] B. G. MATTARELLA, *op. cit.*, pag. 1328. L'autore prosegue affermando, condivisibilmente che «La Scia, in effetti, è una scelta di ripiego anche rispetto all'autorizzazione espressa, che per molti aspetti è preferibile. Lo è, innanzitutto, per l'interesse pubblico, che è meglio garantito da un atto che esprime la volontà dell'amministrazione che da un suo comportamento inerte, il quale può ben dipendere dall'assenza di decisione. Lo è, altrettanto ovviamente, per il terzo, la cui tutela è molto più difficile con la Scia: con il normale procedimento autorizzatorio, invece, egli ha un procedimento a cui partecipare e un atto da impugnare. Lo è, in molti casi e sotto molti profili, anche per l'istante, perché un'autorizzazione espressa dà un affidamento molto maggiore di un'inerzia dell'amministrazione: non a caso, chi presenta una Dia aspetta sempre, per cominciare l'attività, il decorso del termine entro il quale, normalmente, l'amministrazione può intervenire per vietare la prosecuzione dell'attività», pagg. 1328-1329.

Può concludersi, dunque, che le modifiche di recente intervenute, sia sul versante normativo che su quello giurisprudenziale, non sono riuscite a dissipare quelli che sono i dubbi principali in tema di SCIA, anzi, se possibile, può dirsi che hanno contribuito a rendere le problematiche in tema di natura giuridica e tutela del terzo ancora più intricate.