

l'inutilizzabilità del rito speciale di cui all'art. 117 c.p.a.; **b)** un'azione soltanto impugnatoria sottoposta a termine di decadenza; **c)** una sentenza semplicemente demolitoria; **d)** una materia del contendere asfittica dato che il silenzio, pur avendo valore di diniego, non possiede un retroterra procedimentale, né veste formale, né sostanza motivazionale.

5.1. Rapporti con la generalizzazione del silenzio-assenso

Ultima questione da affrontare è quella concernente il rapporto tra la portata generale assunta dal nuovo silenzio-assenso e le previgenti ipotesi di silenzio-diniego, nelle quali all'inerzia viene legislativamente attribuito valore di rigetto dell'istanza presentata dal privato. Si tratta di stabilire, in altri termini, se le fattispecie di silenzio diniego sopravvivano anche dopo la riscrittura dell'art. 20 della l. n. 241/1990 o se, al contrario, debbono ritenersi "convertite" in altrettante ipotesi di silenzio-assenso.

Il problema è risolto *per tabulas* dal nuovo testo dell'art. 20 che, al co. 4, esclude espressamente l'applicazione del silenzio-assenso "ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza".

6. La segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA)

La principale caratteristica dell'istituto della SCIA risiede nella sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori "a regime vincolato" con un nuovo schema, ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private, consentite "direttamente dalla legge" in presenza dei presupposti normativamente stabiliti.

L'attività dichiarata può, quindi, essere intrapresa senza il bisogno di un consenso "a monte" dell'Amministrazione, poiché esso è surrogato dall'assunzione di autoresponsabilità del privato, insita nella segnalazione certificata, costituente, a sua volta, atto soggettivamente e oggettivamente privato.

In questo assetto legislativo – che appare del tutto coerente anche con l'evoluzione del diritto europeo, culminata con la direttiva servizi del 2006 – non c'è spazio, sul piano concettuale e strutturale, per alcun potere preventivo di tipo ampliativo (autorizzatorio, concessorio e, in senso lato, di assenso), che sarebbe stato comunque un potere non discrezionale, ma vincolato all'accertamento dei requisiti di legge. Tale

potere viene sostituito da un potere successivo, anch'esso non discrezionale ma vincolato alla mera verifica della sussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività denunciata (*rectius*, segnalata), con connessa previsione di strumenti inibitori e repressivi in caso di esito negativo.

Il nuovo istituto sembra produrre effetti direttamente sul piano della **qualificazione delle posizioni soggettive**, attribuendo al privato una posizione caratterizzata da originarietà (proprio in quanto essa trova la propria fonte direttamente nella legge), a fronte della quale difetta un potere amministrativo in grado di incidere in senso costitutivo-accrescitivo.

La legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata, infatti, sull'atto di consenso della P.A., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una **legittimazione ex lege**, secondo lo schema "**norma-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.

A seguito della segnalazione, il soggetto pubblico verifica la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti: ove essa abbia esito positivo, l'Amministrazione non assume alcun provvedimento. Quando, invece, la verifica abbia esito negativo, la P.A. dispone con **provvedimento motivato di cessare la prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti**. Qualora sia possibile, l'Amministrazione prefigge un termine agli interessati al fine di far conformare la loro attività alla normativa vigente.

Il potere di verifica di cui dispone l'Amministrazione, a differenza di quanto accade nel regime a previo atto amministrativo, non è finalizzato all'emanazione dell'atto amministrativo di consenso all'esercizio dell'attività, ma al controllo, privo di discrezionalità, della corrispondenza di quanto dichiarato dall'interessato rispetto ai canoni normativi stabiliti per l'attività in questione.

Con la SCIA, quindi, al principio autoritativo si sostituisce il **principio dell'autoresponsabilità** dell'amministrato che è legittimato ad agire in via autonoma valutando l'esistenza dei presupposti richiesti dalla normativa in vigore.

È, peraltro, pacifico che la liberalizzazione dei settori economici interessati dalla segnalazione certificata, con il relativo principio di autoresponsabilità, si accompagna alla persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svol-

gimento dell'attività segnalata, potere destinato a esaurirsi con la mancata adozione di atti inibitori, repressivi o conformativi entro un certo termine.

Le attività interessate dalla segnalazione non sono, infatti, caratterizzate da una libertà incondizionata di iniziativa economica, ma sono pur sempre subordinate dalla legge al possesso di “requisiti e presupposti”, la cui sussistenza garantisce, di per sé, la tutela dell'interesse pubblico e l'armonizzazione della situazione soggettiva del denunciante con gli interessi potenzialmente confliggenti. Si **liberalizza infatti lo strumento di legittimazione, non il rapporto sostanziale** e l'ambito materiale su cui esso viene a operare. Trattasi, in sostanza, di attività ancora sottoposte a un regime amministrativo, pur se con la significativa differenza che l'assenso preventivo a monte è sostituito dal mero possesso dei requisiti di legge, residuando all'Amministrazione soltanto il potere/dovere di una verifica *ex post* della loro sussistenza).

A seguito della riforma del 2015 deve, quindi, considerarsi ormai definitivamente consolidata la ricostruzione più recente, che riconduce inequivocabilmente la SCIA all'ambito delle “**attività libere**”, anche se “**conformate**” dalle leggi amministrative, sottoposte (soltanto) alla successiva verifica della sussistenza dei requisiti di tale conformazione da parte delle autorità pubbliche.

6.1. La natura della SCIA e la connessa questione della tutela del terzo

Il tema della natura giuridica della SCIA, e quello correlato della tutela dei terzi che si oppongono ad essa, ha sempre presentato profili teorici problematici.

Sulla questione in esame, nel vigore della precedente versione dell'art. 19 l. n. 241/1990, era sorto un contrasto giurisprudenziale risolto dall'Adunanza plenaria con la **sentenza 29 luglio 2011, n. 15**. La plenaria aveva accolto la tesi secondo cui la DIA (ora SCIA) ha **natura privatistica** e aveva affermato che il terzo, a tutela delle sue ragioni, potesse proporre un'azione che – sebbene formalmente diretta a contestare l'atto tacito (il silenzio-diniego) con cui la P.A. decide di non esercitare il potere inibitorio – era nella sostanza, **un'azione di accertamento** (della sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere vincolato e doveroso di inibizione) e di **adempimento** (di condanna, cioè, all'emanazione di un provvedimento di inibizione dal contenuto necessariamente vincolato, una volta accertato che non sussistevano i presupposti per l'inizio dell'attività).

Tuttavia, dopo appena due settimane dalla pubblicazione della **sentenza 29 luglio 2011, n. 15**, quando la questione sembrava ormai risolta, è intervenuto il legislatore con l'art. 6 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 che ha novellato l'art. 19 della l. n. 241/1990 inserendo il co. 6-ter. Tale disposizione, pur confermando la natura privatistica della SCIA, ha superato le conclusioni cui era giunta la plenaria in ordine alle **modalità di tutela del terzo**. Il legislatore ha previsto espressamente che il terzo che si ritenga leso può solo sollecitare “*l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione*” e, in caso di inerzia, agire contro il silenzio-inadempimento.

Per comprendere il senso di tale disposizione è opportuno evidenziare che l'art. 19 cit. accompagna l'immediata intrapresa dell'attività oggetto di segnalazione con successivi poteri di controllo dell'amministrazione, più volte rimodulati, da ultimo con l'art. 6 della l. n. 124/2015. In particolare, il co. 3 dell'art. 19 cit. attribuisce all'Amministrazione un **potere inibitorio/repressivo** dovuto nell'*an*, vincolato negli esiti, soggetto **a un termine di decadenza di sessanta giorni** decorrenti dal ricevimento della SCIA (trenta giorni in materia edilizia ai sensi del co. 6-bis dello stesso art. 19). Il successivo co. 4 prevede che, spirato tale termine, quel potere inibitorio/repressivo (di cui al co. 3 cit.) sia ancora esercitabile, ma **solamente “in presenza delle condizioni” stabilite nell'art. 21-nonies**, l. n. 241/1990, relativo al potere di annullamento d'ufficio (interesse pubblico concreto e attuale, ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità, da ponderare con gli altri interessi coinvolti; limite temporale di dodici mesi per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei diretti destinatari).

Come chiarito dalla **Corte costituzionale (sent. n. 45/2019)** – smentendo la premessa interpretativa da cui muoveva il giudice *a quo*, che postulava, invece, un potere inibitorio/repressivo temporalmente illimitato – è a questi poteri che deve ritenersi faccia riferimento il co. 6-ter.

Ciò per le seguenti ragioni:

- a) il dato testuale del co. 6-ter cit., dove la locuzione “verifiche spettanti all'amministrazione” lascia chiaramente intendere che la disposizione rinvia a poteri già previsti nei precedenti commi;
- b) la genesi del co. 6-ter cit., introdotto nell'art. 19 cit. dall'art. 6, co. 1, del d.l. n. 138/2011, conv. dalla l. n. 148/2011, in aperta dialettica con la nota sentenza n. 15/2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la **finalità di limitare le possibilità di tutela del terzo** all'azione contro il silenzio, inteso in modo

tradizionale come inadempimento, sicché la locuzione “verifiche spettanti all'amministrazione”, **lungi dall'essere preordinata a introdurre nuovi poteri**, altri da quelli già previsti nei precedenti commi, è semplicemente “funzionale” a chiarire l'oggetto della sollecitazione da parte del terzo;

- c) il **principio di legalità-tipicità** che, caratterizzando, qualificando e limitando tutti i poteri amministrativi, impedisce di ravvisare nel co. 6-ter cit. un potere altro da quelli già previsti nei precedenti commi dello stesso art. 19;
- d) la “**storia normativa e giurisprudenziale**” dell'istituto della SCIA, a mente della quale “una dilatazione temporale dei poteri di verifica” comporterebbe un “recupero dell'istituto all'area amministrativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere”.

Dunque – conclude la Corte costituzionale – “le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del co. 6-ter sono quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (co. 3 e 6-bis), e poi entro i successivi dodici mesi (co. 4, che rinvia all'art. 21-nonies).

Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo e, quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue”.

Si tratta, però, di capire se le verifiche cui è chiamata l'Amministrazione ai sensi del co. 6-ter cit. coincidono con il potere di cui al co. 3, con quello di cui al co. 4 o con entrambi, alternativamente o cumulativamente, a seconda del contenuto della sollecitazione avanzata dal terzo.

Come è stato bene evidenziato in dottrina (BERTONAZZI): se è vero (come è vero) che è **decadenziale il termine** cui il co. 3 (e il co. 6-bis in caso di SCIA edilizia) **sottopone il potere inibitorio/repressivo** dovuto nell'an e vincolato negli esiti, e che non è concepibile, per la contraddizione che non lo consente, un **ordine giudiziale di adozione di un provvedimento senz'altro illegittimo** in quanto tardivo; se, parimenti, è vero (come è vero) che, ai sensi dell'art. 87, co. 3, secondo periodo, c.p.a., nel giudizio sul silenzio-inadempimento “*la camera di consiglio [per la discussione del ricorso] è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intime*” (*id est*, alla

prima udienza utile successiva al sessantesimo giorno dal perfezionamento della notifica del ricorso alle parti intimiate); allora, **ne deriva** che mai e poi mai è ipotizzabile un **ordine giudiziale di provvedere ai sensi dell'art. 19, co. 3, cit.**: è lo stesso legislatore a escludere matematicamente una siffatta eventualità.

Allora, le verifiche cui è chiamata l'Amministrazione ai sensi del co. 6-ter cit. coincidono con il potere inibitorio/repressivo di cui all'art. 19, co. 4, esercitabile in presenza delle condizioni di cui all'art. 21-nonies cit. perché così vuole il legislatore.

Trascorsi dodici mesi dalla scadenza dei sessanta giorni (trenta giorni in materia edilizia) successivi al ricevimento della SCIA – e fatti salvi i casi di SCIA corredata da “false rappresentazioni dei fatti” o da “dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato” (art. 21-nonies, co. 2-bis, cit.) – la situazione soggettiva dell'autore della SCIA si consolida definitivamente nei confronti dell'Amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo: questi è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e segnatamente all'esercizio del potere inibitorio/repressivo di cui all'art. 19, co. 4, cit., e, quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue.

Tale conclusione, conforme al testo normativo, non può essere messa in discussione dal timore che ne derivi un *vulnus* alla situazione giuridica soggettiva del terzo. Su ciò, peraltro, è stata di nuovo chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale dal **T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, ord. 22 gennaio 2019, n. 12**, che lamenta un *vulnus* alla tutela dell'interesse legittimo del terzo, ascrivendolo “soprattutto” alla sua interlocuzione esclusiva con il potere inibitorio/repressivo discrezionale di cui all'art. 19, co. 4, cit., che non permette di andare al di là dell'accertamento giudiziale di un generico dovere di provvedere.

“Il problema indubbiamente esiste” – ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 45/2019 – “ma trascende la norma impugnata e va affrontato in una prospettiva più ampia e sistemica che tenga conto dell'insieme degli strumenti apprestati a tutela della situazione giuridica del terzo, quali: **a**) la possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti della P.A. in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica; **b**) al di là delle modalità di tutela dell'interesse legittimo, le ordinarie regole di tutela civilistica di fronte ad “un'attività che si assume illecita”.

La sentenza n. 45/2019, rifiutata con motivazione persuasiva l'interpretazione dell'art. 19, co. 6-ter, cit. che avrebbe dato adito a un'esasperazione della tutela del terzo, coglie, quindi l'opposto rischio di un'insufficiente protezione del terzo e si produce in un opportuno **monito al legislatore** perché: **a)** assicurarsi al terzo “**una più immediata conoscenza**” della SCIA; **b)** impedisca il decorso dei termini previsti dai co. 3 e 4 dell'art. 19 cit. “in presenza di una sua sollecitazione”, sì da “sottrarlo al rischio” di (un vuoto di tutela specifica del suo interesse legittimo, a causa di) poteri di controllo estinti perché non tempestivamente profusi dall'amministrazione.

Va ancora evidenziato che l'art. 19, co. 6-ter, cit., nel consentire al terzo l'azione contro il silenzio, prevede l'**onere della previa sollecitazione**, il che potrebbe sollevare perplessità, attesa la conformazione officiosa dell'avvio della procedura di esercizio dei poteri inibitori/repressivi, poteri spendibili pure in assenza di qualsivoglia sollecitazione del terzo.

Come è stato evidenziato in dottrina (ancora BERTONAZZI), la **previa sollecitazione è prescritta**, come onere del terzo, perché radica uno degli “*altri casi previsti dalla legge*”, nei quali il ricorrente “può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere” (art. 31, co. 1, c.p.a.) come se la sollecitazione fosse un atto di iniziativa procedimentale: non lo è, si badi, ma è come se lo fosse, ai limitati fini del modo di formazione del silenzio e dei rimedi avverso lo stesso, stante il combinato disposto dell'art. 31, co. 1, c.p.a. e dell'art. 19, co. 6-ter, della l. n. 241/1990.

Imposta con questo scopo dalla legge, la previa sollecitazione diviene fattore di legittimazione a ricorrere, necessario anche se non sufficiente: in mancanza della *vicinitas* l'azione avverso l'omesso esercizio di poteri inibitori/repressivi su attività edilizia intrapresa mediante SCIA incontrerebbe una declaratoria di inammissibilità per difetto di legittimazione a ricorrere, quand'anche preceduta da una sollecitazione. Sono la *vicinitas* e la sollecitazione, nel loro insieme, a costituire la *legitimatatio ad causam*.