

La natura della D.I.A. e la tutela giurisdizionale dei terzi

di Iole Moricca (*)

Natura della D.I.A. e tutela dei terzi sono elementi in relazione; dalla qualifica che si attribuisce all'istituto discendono delle conseguenze che hanno una immediata ricaduta sulle tutele di cui il terzo può disporre, qualora si ritenga leso dall'attività intrapresa da un soggetto a seguito della denuncia. Difficile, però, definire e mettere un punto fermo sulla questione. La natura della D.I.A. è una tematica che solo apparentemente sembra chiara e coerente, ma appena si tenta una analisi più approfondita, le cose si complicano, a causa di molteplici fattori tutti tra di loro connessi.

In primo luogo, perché la necessità di qualificare la D.I.A. non nasce da una mera esigenza teorico-classificatoria, bensì dalla esigenza di assicurare una tutela effettiva sia al denunciante che ai possibili terzi, che possono subire un pregiudizio dall'attività iniziata a seguito della presentazione della denuncia (oggi dichiarazione) di inizio attività (1). Non è un caso, infatti, che sia la giurisprudenza ad interrogarsi con una certa insistenza sulla questione.

In secondo luogo, perché la tematica, nella pratica dei Tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato è affrontata non tanto in relazione alla D.I.A. come disciplinata dall'art. 19 della legge 241 del 1990, bensì con riferimento alla D.I.A. edilizia (2), con ciò rendendo meno agevole il compito di

(*) Dottore in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

(1) La novella introdotta dal decreto legge n. 35 del 2005, convertito in legge n. 80 del 2005, ha modificato anche il nome dell'istituto rubricato non più denuncia di attività ma dichiarazione di inizio attività.

(2) La D.I.A., in materia edilizia nasce con una particolare configurazione giuridica che si è andata a modificare nel corso del tempo, fino a confluire nell'assetto determinato dagli artt. 22 e 23 del T.U. dell'edilizia n. 380 del 2001, che configurano l'istituto in chiave residuale, comprendendovi tutti gli interventi non soggetti a permesso di costruire o liberi. Inoltre, la disciplina del T.U., deve essere coordinata con il d.lg. n. 301/2002 che in attuazione della legge obiettivo n. 443/2001 ha ulteriormente modificato l'assetto normativo della D.I.A.. Dal coordinamento delle due discipline emergono due ipotesi di D.I.A.: la D.I.A. semplice prevista dal T.U. e la super-D.I.A. come configurata nella legge obiettivo. La D.I.A. semplice è prevista per gli interventi edilizi minori, che non implicano una trasformazione del territorio, ma un mero esercizio del *ius utendi* in relazione ad un miglior utilizzo dell'immobile. In tal caso, la D.I.A. è sempre alternativa al permesso di costruire, ma il regime giuridico rimane quello della D.I.A., per cui anche il permesso di costruire (facoltativo) sarà gratuito e dalla violazione di costruire non derivano sanzioni penali. La super-D.I.A., per contro, ha ad oggetto interventi edilizi maggiori, per il quale il titolo originario e il regime di base è quello del permesso di costruire (perciò sarà facoltativa, onerosa e la sua violazione comporta sanzioni penali). La *ratio* della super D.I.A. è che pur trattandosi di interventi che implicano una trasformazione urbanistica edilizia del suolo e perciò teoricamente rientranti nell'ambito di applicazione del permesso di costruire, sono stati oggetto di una pianificazione attuativa così dettagliata che non lasciano al privato alcuna possibilità di scelta, in ordine alla quale la P.A., debba pronunciarsi. Per una trattazione approfondita di questi temi v. P. FALCONE, *La denuncia di inizio attività dopo il d.lg. n. 301/2002: prime note*, in www.giustizia-amministrativa.it.

chi cerca di ricostruire il quadro d'insieme. Difficile, infatti, è stabilire se le conclusioni cui i giudici sono giunti in materia di D.I.A. edilizia, siano validi anche per la D.I.A. ex art. 19.

In terzo luogo, perché la stessa giurisprudenza non offre soluzioni certe ed univoche sul punto. Tutto ciò a discapito della certezza, oggi ancor più di ieri, giacché le soluzioni che parevano più convincenti fino a poco tempo fa, mal si conciliano con le novità della riforma di seguito indicate.

È chiaro che, a questo punto, occorre esaminare tutti questi fattori, iniziando proprio dal considerare le conclusioni cui è giunta dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura della D.I.A.

Sotto il vigore della precedente formulazione, la giurisprudenza non è stata affatto unanime nel definire la natura della D.I.A. e ciò, preme fin da subito chiarire, sembra derivare più da un'affannosa ricerca di dare coerenza ad un meccanismo complesso, piuttosto che dalla divergenza su mere classificazioni teoriche.

Punto di approdo della giurisprudenza (3) e dottrina dominante (4) è che la denuncia di inizio attività non ha natura di provvedimento amministrativo. Si dice, la D.I.A., secondo il meccanismo previsto dalla norma, consente al privato l'esercizio di una certa attività comunque rilevante per l'ordinamento, a prescindere dall'emanazione di un provvedimento amministrativo. Il soggetto comunica che ad una certa data inizierà una certa attività e se entro il termine stabilito, decorrente da tale comunicazione, l'amministrazione non ne inibisce la prosecuzione, l'attività sarà lecitamente meritata, salvo, naturalmente, l'intervento della interdizione dell'attività, che può avvenire in tutti i casi di accertamento della mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti, al cui possesso l'ordinamento di settore subordina l'espletamento dell'attività medesima.

Rispetto a questa tipologia di procedimento a carattere dichiarativo ovvero ricognitivo, l'autorizzazione, un tempo necessaria a produrre l'effetto, cede il passo ad un atto soggettivamente e oggettivamente privato (5), con la conseguenza che al diritto amministrativo si sostituisce tendenzialmente il diritto privato. Tuttavia, occorre precisare che la liberalizzazione disposta dall'art. 19 in esame, non va affatto intesa quale scomparsa di ogni previsione normativa concernente quelle date attività. L'attività autoritativa della amministrazione arretra, ma solo in ordine ad alcune condizioni di ordine amministrativo, vale a dire, quelle inerenti alla sussistenza di un titolo provvedimentale di legittimazione, per contro, le attività considerate dall'art. 19

(3) In dottrina tale interpretazione è maggioritaria. Cfr. tra gli altri, A. TRAVI, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, pg. 21ss.; F. LIQUORI, *Note sul diritto privato, atti non autoritativi e denuncia di inizio attività*; L. OLIVIERI, *La natura giuridica della denuncia di inizio attività nella legge 241/1990 novellata*, in www.lexitalia.it

(4) Tra cui: Cons. Stato, sez. IV, n. 3916/05; Cons. Stato, sez. IV, n. 3498/05; Cons. Stato, sez. IV, n. 4453/02; TAR Sicilia, sez. III, n. 738/05; T.A.R. Piemonte, n. 1359 e n. 1367 del 2005; TAR Liguria, sez. I, n. 113/03.

(5) Così, LIQUORI, *op. cit.*

rimangono sottoposte alla disciplina generale dettata dalle norme che identificano i requisiti ed i presupposti che devono ricorrere per il loro esercizio.

Tale impostazione, mette subito in evidenza l'incoerenza della tesi, sostenuta all'indomani dell'entrata in vigore della norma, circa quale fosse la fonte legittimante l'esercizio dell'attività, in mancanza del titolo abilitativo. Si è in effetti sostenuto, traendo spunto dall'originaria formulazione dell'art. 19, laddove parlava di atti di assenso "sostituiti" (6), che lo svolgimento dell'attività oggetto della denuncia trovasse la sua legittimazione *ex actu*, nel senso che la denuncia, quale atto di parte, legittimerebbe *ex se* l'attività intrapresa. Non vi è dubbio, che tale ricostruzione mal si concilia con le argomentazioni sopra compiute. Il potere autoritativo della P.A. arretra ma non scompare (7), e ciò si desume immediatamente dal ruolo attribuito dalla norma alla amministrazione. La medesima è chiamata ad esercitare un accertamento dei presupposti e dei requisiti legittimanti, ed in caso di verifica con esito negativo può non solo inibire la prosecuzione dell'attività, ma anche rimuoverne gli effetti in forza del fatto che tale attività venga ritenuta svolta illegittimamente. È chiaro, allora, che da un lato, la legittimazione a svolgere l'esercizio dell'attività debba essere ricercata *aliunde*; dall'altro che la legittimazione non può provenire di certo dall'amministrazione, perché così facendo si negherebbe la natura di atto di diritto privato della D.I.A. L'apparente ostacolo è stato brillantemente superato da quella giurisprudenza che configura la denuncia di inizio attività come atto di diritto privato con legittimazione *ex lege*. Questa conclusione sembra essere, ancora oggi, uno dei pochi risultati chiari e certi nella disamina della natura giuridica della D.I.A. – laddove ovviamente si accolga la qualifica di atto di parte – e ciò si deve soprattutto al puntuale lavoro chiarificatorio che la giurisprudenza (8) ha compiuto, distinguendo tra "dimensione strutturale", concernente il contenuto dei poteri rispettivamente in capo al privato e alla P.A. e "dimensione funzionale", attinente alla dinamica propria della relazione che si instaura tra questi.

In relazione al primo profilo, si registra l'assenza di un qualsiasi potere dell'amministrazione, nell'identificare il regime puntuale e concreto della posizione soggettiva del privato e ciò scaturisce immediatamente dalla circostanza, che tale posizione soggettiva è interamente definita dalla legge. Il fondamento giuridico dell'attività privata, infatti, si radica direttamente nella sfera normativa e non nella denuncia *ex se* né, tanto meno, nell'intervento dell'amministrazione. In altri termini, diversamente dal modello autorizzatorio, nell'art. 19 in esame, il precetto legislativo produce effetti direttamente sul piano della qualificazione delle posizioni soggettive, attribuendo al pri-

(6) Oggi, a seguito della novella n. 80 del 2005, la formulazione, sotto questo angolo di visuale non ha subito cambiamenti rilevanti, giacché il nuovo testo dell'art. 19 dispone che "ogni atto di autorizzazione (...) è sostituito da una dichiarazione dell'interessato".

(7) F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, III edizione, Giuffrè, pag. 1336 ss.

(8) In particolare, v. T.A.R. Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113.

vato una posizione caratterizzata da originalità (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. Ed allora, è ben chiaro, non solo che la legittimazione dell'esercizio dell'attività provenga direttamente dalla legge e non dalla denuncia, ma anche che, in ragione dei caratteri di originalità ed autonomia della posizione soggettiva del privato, alla medesima debba essere riconosciuta consistenza di diritto soggettivo.

Si comprende, allora, chiaramente la posizione assunta dalla giurisprudenza citata. Nel modello dell'art. 19, pertanto, la legge, da una parte, conferisce al privato la titolarità di un diritto soggettivo che lo legittima ad intraprendere autonomamente l'attività, senza l'intermediazione di ulteriori titoli, ma sulla base della presentazione di un atto soggettivamente e oggettivamente privato. Dall'altra, attribuisce all'amministrazione un potere di verifica, circa la sussistenza dei prescritti requisiti e presupposti normativi (da esercitare a seguito della presentazione della denuncia), che la legittima ad intervenire in chiave repressiva o, a seconda dei casi, inibitoria. L'attribuzione da parte della legge di un potere di tal fatta, in capo alla P.A. (vincolato ma quantunque autoritativo), rileva la dimensione relazionale della fattispecie, giacché il diritto del privato non si risolve unicamente in facoltà attive, ma viceversa, "viene conformato dalla legge in modo "relazionale", nel senso che il suo esercizio è subordinato ad un "contatto necessario con la pubblica amministrazione, da attivare attraverso la presentazione della denuncia di inizio attività" (9). È pertanto da ritenere che, nella fattispecie in esame, coesistono un diritto soggettivo del privato all'intrapresa attività ed un potere amministrativo di controllo di natura vincolata, ma non di meno riservato ed autoritativo, di fronte al cui esercizio, la posizione del denunciante si atteggia come interesse legittimo.

Tale fisionomia mette in evidenza la disparità di posizioni tra denunciante e terzo pregiudicato dall'attività intrapresa a seguito di D.I.A.. Se l'interessato potrà contestare il potere inibitorio della P.A., sia sul piano formale, che sul piano sostanziale per mancanza dei requisiti, viceversa, a tale potere resta estraneo colui che si oppone all'intervento, perchè la norma non prende ancora in considerazione la sua posizione, per qualificarla in senso legittimante, ed egli, in definitiva, non può opporsi, in sede di giurisdizione amministrativa, all'attività del privato, giacché manca un provvedimento amministrativo da impugnare.

A questo punto, è agevole trarre le conseguenze che discendono da siffatta ricostruzione. In effetti, stabilire che "la denuncia di inizio attività non ha valore di provvedimento amministrativo" (10) produce un effetto immediato e rilevante sulle tutele, e dunque sui rimedi che l'amministrazione può accordare al terzo leso.

(9) Così T.A.R. Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113.

(10) Così, Cons.Stato, sez. IV, n. 4453/02.

Ben si comprende, allora, perché in alcuni arresti giurisprudenziali (11), concernenti la materia edilizia, la giurisprudenza ha cercato di qualificare la D.I.A. non come atto privato, ma come titolo abilitativo che si forma tacitamente, in presenza di tutti i presupposti formali e sostanziali. Il risultato ricercato, a questo punto, è chiaro: rendere ammissibile la possibilità che il terzo possa impugnare immediatamente la D.I.A., o meglio, il provvedimento per *silentium* che si formerebbe allorché l'amministrazione non provveda ad inibire l'inizio dei lavori nel termine di legge. Così facendo e accogliendo siffatta ricostruzione, non vi è dubbio che più agevole sarebbe la tutela del terzo ma, al contempo, si frustrerebbe la natura e le finalità stesse dell'istituto in esame.

A differenza di quanto accade accogliendo l'indirizzo minoritario citato, seguendo la tesi maggioritaria, più complessa e delicata, certamente, si prospetta la posizione del terzo.

In effetti, l'esame dei rimedi giurisdizionali di cui egli dispone per opporsi al compimento dell'attività intrapresa, in base alla semplice denuncia del suo inizio da parte dell'interessato, "fa risaltare la singolarità del nuovo istituto che mal si colloca all'interno del generale sistema di giustizia amministrativa, essenzialmente incentrato sul giudizio impugnatorio, tanto da porre serie questioni legate alla costituzionalità dello stesso" (12). È intuitivo, in effetti, che il passaggio dal regime di autorizzazione preventiva a quello della mera denuncia ha ingenerato un deficit di tutela per il terzo. Infatti, mentre in vigenza del sistema autorizzatorio, il terzo poteva impugnare il titolo abilitativo che assumeva essere lesivo della propria sfera giuridica, in ragione della liberalizzazione dell'attività privata tale tutela è venuta meno.

Tanto premesso, l'esame dei rimedi giurisdizionali di cui dispone il terzo per opporsi all'esecuzione dei lavori intrapresi, in base alla semplice denuncia di inizio attività, va effettuato in modo distinto, in relazione alla natura dell'interesse che si assume essere leso.

Non vi è dubbio che la tutela del terzo possa svolgersi come tutela del suo diritto, nella logica delle ordinarie vertenze tra privati, davanti al giudice ordinario. Il terzo potrà senz'altro adire l'autorità giudiziaria competente, esercitando in tale sede tutta la gamma di azioni ammesse, sia di natura cautelare che di accertamento che di condanna, indipendentemente dalla presenza o meno di uno specifico provvedimento dell'amministrazione. Tuttavia, è altrettanto chiaro, che restringere i rimedi di cui egli può disporre nell'ambito della giurisdizione ordinaria non darebbe un risultato particolarmente appagante. Si è, in effetti, evidenziato che per quanto si possa dilatare la tutela del diritto, la legittimazione, in tal caso, non avrebbe la stessa ampiezza che verrebbe, per contro, riconosciuta nel caso di interesse legittimo.

(11) Così Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2003, n. 3265; Cons. Stato, VI, 20 ottobre 2004, n. 6910; T.A.R. Veneto, sez. II, 10 settembre 2003, n. 4722.

(12) Così, T.A.R. Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113.

Lampante è l'esempio rinvenibile nell'ambito delle attività edilizie: i soggetti che possono pretendere la tutela del proprio diritto ai sensi dell'art. 872 c.c. sono soltanto i proprietari vicini, ossia una categoria molto più limitata di quanti, in astratto potrebbero impugnare una concessione edilizia (13).

È allora chiaro, che uno sforzo ulteriore deve essere compiuto, per meglio individuare quale siano i rimedi che il terzo può esperire al fine di salvaguardare le proprie ragioni e per far ciò occorre, in primo luogo, esaminare i poteri che la P.A. ha a disposizione per contrastare un eventuale illegittimo esercizio dell'attività da parte del privato. In effetti, non vi è dubbio che una qualche forma di controllo e perciò di tutela del terzo, debba provenire dalla stessa amministrazione, giacché è pur vero che trattasi di un atto avente natura privata ma, è altrettanto acclarato, che la P.A. sia tenuta a verificare *ex post* che siano stati rispettati i presupposti e i limiti imposti dalla legge.

È allora opportuno soffermarsi ad esaminare il funzionamento del meccanismo di controllo della amministrazione (14), al fine di verificare in che modo l'amministrazione possa tutelare le ragioni del terzo.

Sotto un profilo squisitamente procedurale, l'istituto di cui all'art. 19 della legge n. 241/90 configura una fattispecie a formazione complessa, in quanto il legittimo esercizio di una determinata attività da parte del privato dipende dal susseguirsi di una serie di atti e fatti.

Il privato inizia a svolgere una certa attività a seguito della presentazione della denuncia di essa all'amministrazione competente e della conseguente propria assunzione di autoreponsabilità. A seguito di siffatta dichiarazione autocertificativa, l'amministrazione è tenuta a dar vita ad un apposito procedimento di verifica dell'accertamento in capo all'interessato dei presupposti e dei requisiti richiesti dalla legge. L'amministrazione, perciò, è tenuta non ad un controllo preventivo, come avveniva sotto l'egida del modello autorizzatorio, ma è chiamata ad avviare un procedimento di sindacato successivo (15).

Sul piano strutturale, occorre poi rilevare che questa fase si realizza in un controllo-riscontro di cui è indiscusso il carattere "*non costitutivo, dove-roso, puntuale, ad effetto provvedimento solo eventuale*" (16).

(13) Sul tema da ultimo R. GIOVAGNOLI, *Il rapporto di causalità*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (opera diretta da), *La responsabilità civile della P.A.* Bologna, 2005, pg. 259 ss..

(14) A seguito della novella n. 80 del 2005, l'attività non può più essere iniziata immediatamente dopo la presentazione della dichiarazione, ma devono decorrere trenta giorni. Una volta decorso il citato termine, l'attività potrà essere iniziata dal privato, il quale ha però l'obbligo, di darne contestuale comunicazione alla P.A. Da tale comunicazione inizia a decorre un ulteriore termine di trenta giorni entro il quale l'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, fatti, legittimanti, può inibire lo svolgimento dell'attività e ordinare la rimozione dei suoi effetti, salvo, ove sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dalla P.A., in ogni caso non inferiore a trenta giorni.

(15) Così DE MICO, *Note sugli art. 19 e 20 della legge n. 241/1990*, in *Dir. Amministrativo* 1993, pg. 282.

(16) Così T.A.R. Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113.

Non costitutivo in quanto, come sin qui chiarito, tale controllo non interviene nel processo di produzione della posizione giuridica soggettiva, la quale trova la propria fonte direttamente nella legge e, quindi, non è preordinato a sfociare in alcun atto di assenso esplicito od implicito, ma a fungere semmai, in caso di accertamento negativo, da presupposto giuridico per l'adozione della prescritta misura inibitoria o repressiva.

Doveroso, in quanto espressione di una specifica funzione volta ad assicurare la necessaria presenza dell'amministrazione in veste di "garante esterno della legalità", a fronte di determinate attività il cui libero esercizio riveste un carattere di non indifferenza rispetto alla sfera dei pubblici interessi.

Puntuale, in quanto ogni denuncia deve essere assoggettata a specifica verifica, restando escluso in base ai principi ordinamentali che una funzione doverosa possa essere esercitata a tratti, secondo parametri discrezionali scelti dall'amministratore che ne è titolare.

Ad effetto provvedimento solo eventuale, in quanto unicamente nell'ipotesi di riscontro negativo il relativo atto assumerà valore provvedimento esterno, venendo a costituire l'antecedente giuridico necessario per l'adozione della prescritta misura inibitoria: il divieto della prosecuzione dell'attività e la rimozione dei risultati prodotti, a meno che, ove possibile l'interessato non provveda a conformare l'attività e gli effetti della stessa alla normativa vigente (17). Come precisato infatti, dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato, *"la fase dell'accertamento dei requisiti non deve necessariamente essere formalizzata in un provvedimento amministrativo esplicito che ne attesti il compimento e l'esito positivo. Siffatta formalizzazione avverrà, invece, nell'ipotesi di adozione dei provvedimenti repressivi: è chiaro, infatti, che provvedimenti di tal genere suppongono un accertamento negativo circa la sussistenza dei requisiti che deve, nel medesimo provvedimento, trovare formale espressione"* (18).

A differenza delle caratteristiche ora citate su cui non sono emersi rilevanti problemi interpretativi, discussa è stata in effetti, la natura del termine in cui la P.A. è tenuta ad effettuare il proprio potere di controllo (19).

(17) Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, terza edizione, Giuffrè, pg. 1338 ss., secondo cui l'amministrazione procedente è obbligata a tentare la via della sanatoria, con l'incentivazione del ripristino della legalità da parte dell'interessato e, solo ove tale sanatoria non risulti praticabile, a motivo del comportamento riottoso del privato o di una situazione di impossibilità, è legittimata ad esercitare i propri poteri di interdizione.

(18) Parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, n. 27/1992.

(19) A differenza della giurisprudenza, dottrina autorevole ha sostenuto con forza la tesi della perentorietà del termine di verifica sulla base di molteplici elementi desumibili immediatamente dal testo della norma. In primo luogo l'espressione "entro e non oltre sessanta giorni" sembrerebbe riferirsi ad un termine di decadenza; in secondo luogo, entro il termine citato, il divieto di prosecuzione dell'attività dovrebbe essere non solo assunto dalla P.A. ma anche notificato all'interessato; in terzo luogo, in applicazione del generale principio di tutela dell'affidamento del privato denunciante, il quale deve poter contare sul fatto che successivamente alla scadenza del termine *de quo* ogni intervento dell'amministrazione non sarebbe sorretto dal crisma della legalità. Così CORTISEI, *La perentorietà del termine per la verifica della DIA*, in *Urb. e app.*, 2002, pg. 1471.

Ad avviso dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato (20), il termine non avrebbe natura perentoria, in quanto l'interesse pubblico a reprimere condotte con esso confliggenti prevarrebbe sull'interesse del privato alla certezza della situazione. Il decorso del termine comporterebbe semplicemente una "franchigia dal titolo abilitativo, ma non una rinuncia dell'amministrazione all'esercizio dei propri poteri inibitori". Questo indirizzo è stato confermato da quella giurisprudenza che ha ravvisato nel sistema della denuncia di inizio attività, non la produzione di un effetto legale tipico di assenso, ma un mero effetto *lato sensu* abilitativo, avulso cioè, lo si ripete, da ogni connessione con la produzione di effetti provvedimenti e soprattutto da ogni forma di presunzione di formazione tacita di una volontà positiva dell'amministrazione (21).

È chiaro, a questo punto, che una prima forma di tutela delle ragioni del terzo provenga direttamente dal corretto esercizio da parte della P.A. del suddetto potere di controllo.

In primo luogo, il terzo, giacché la verifica che l'amministrazione è chiamata a compiere si atteggia a procedimento *stricto sensu* – come tale soggetto alle regole di partecipazione di cui alla legge n. 241 del 1990 (22) – sarà preminentemente garantito attraverso la partecipazione, in qualità di controinteressato, al procedimento di acclaramento sopra delineato, con conseguente deduzione, in detta sede, *ex artt. 7 e seguenti della legge 241*, delle ragioni e degli interessi di propria pertinenza.

In secondo luogo, laddove l'amministrazione, nel termine prescritto adotti un provvedimento inibitorio o repressivo, la posizione del terzo antagonista verrà ad essere salvaguardata in via indiretta dal relativo provvedimento e potrà essere tutelata in sede giurisdizionale amministrativa, nella ipotesi in cui il provvedimento venga impugnato, con i normali mezzi forniti dall'ordinamento. Il terzo, pertanto, potrà partecipare, in qualità di controinteressato, nel giudizio proposto dinnanzi al giudice amministrativo per l'annullamento del provvedimento repressivo considerato illegittimo oppure, intervenendo nel processo *ad opponendum*, qualora non sia titolare di un interesse qualificato alla reiezione del ricorso.

Il problema si pone, invece, ove l'amministrazione non adotti alcuna determinazione provvedimento espressa. In tale ipotesi infatti, come sopra precisato (23), il modulo legislativo non configura il formarsi di uno specifico provvedimento dell'amministrazione che assenta formalmente l'esecuzione dei lavori oggetto della denuncia e, pertanto, il terzo viene privato del

(20) Parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, n. 27/1992.

(21) Così, ad esempio, Cons. Stato, VI, 4 settembre 2002, n. 4453. Indirizzo recepito anche dalla giurisprudenza delle Corti di primo grado (v. ad esempio, T.A.R. Puglia, II sez. 13 novembre 2002 n. 4950).

(22) F. CARINGELLA, *op. cit.* pg. 1338.

(23) Si rinvia a quanto precedentemente detto in ordine all'indirizzo minoritario secondo cui la D.I.A. sarebbe qualificabile come titolo abilitativo tacito.

suo principale tipico mezzo di tutela. È questo uno dei punti cruciali della tematica in questione perché evidenzia, chiaramente, la mancanza di tutela che il meccanismo, per come configurato, offre al soggetto leso dalla attività intrapresa dall'interessato tramite D.I.A., allorché l'amministrazione non provveda a reprimere l'attività illegittimamente compiuta nel termine previsto (24).

Come sopra ricordato, la natura del termine per il compimento dell'attività di verifica è stata variamente interpretata, tuttavia, la tesi che ancora si ritiene preferibile è quella della sua non perentorietà. L'amministrazione, proprio perché chiamata a salvaguardare interessi pubblici, a prescindere dal decorso del termine, manterrebbe pur sempre salvo l'esercizio del proprio potere repressivo (25).

Una conclusione di tal fatta non risolve il problema ma, anzi, ne propone di nuovi.

In effetti, è chiaro che riconoscere che in capo alla P.A. residui un potere repressivo e sanzionatorio, esercitabile a prescindere dal rispetto del termine previsto dall'art. 19, pone un interrogativo in ordine alla natura di questi poteri. Anche in relazione a questo profilo manca un indirizzo unanime, ed anche in questo caso, la disomogeneità di vedute non dipende da divergenze teoriche, ma dall'esigenza di dare coerenza all'istituto di cui all'art. 19.

Prevalentemente sono le due le tesi che si contendono il campo: quella per cui tale attività è espressione del principio di autotutela e quella per cui si tratterebbe di una attività di controllo della pubblica amministrazione.

La soluzione dell'autotutela, è stata prospettata sia dal Consiglio di Stato in sede consultiva (26), che da autorevole dottrina. In particolare, il Consiglio di Stato basa il suo assunto sulla considerazione che l'esercizio del potere di verifica interviene successivamente all'inizio di una attività già intrapresa, di talché non può non configurarsi alla stregua e nei limiti del potere di autotutela spettante all'amministrazione: l'inquadramento dell'atti-

(24) Si comprende, allora, perché si è tentata una diversa configurazione del modello di cui all'art. 19 al fine di identificare un provvedimento amministrativo che il terzo potesse impugnare. In questa ottica, si è in alcuni casi sostenuto che decorso il termine imposto all'amministrazione per la verifica dei presupposti e requisiti di legge, la denuncia da atto di parte trasmuterebbe in titolo abilitativo tacito. Si tratta di una ipotesi accolta sporadicamente dalla giurisprudenza. In questo senso v. Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2003, n. 3265; Cons. Stato, 20 ottobre 2004, n. 6910; T.A.R. Veneto, sez. II, n. 3405 del 2003; T.A.R. Veneto, sez. II, n. 2354 del 2005.

(25) L'autotutela decisoria (potere di annullamento d'ufficio e di revoca) è stata introdotta normativamente dalla legge n. 15 del 2005. Tuttavia, ancor prima della novella, non si dubitava del fatto che l'amministrazione fosse dotata di siffatti poteri, anche se molteplici erano i fondamenti giuridici che si invocavano al fine di giustificarli. Tesi maggioritaria, era che tali poteri si ritenevano essere una proiezione del potere funzionale attribuito dall'art. 97 Cost. alla P.A. medesima, nel senso che in virtù della norma citata l'amministrazione aveva il compito di controllare nel tempo che i provvedimenti fossero conformi agli interessi pubblici.

(26) Parere n. 27/1992.

vità in questione nell'ambito dell'autotutela si evincerebbe dal collegamento con l'eventuale intervento repressivo che ne può conseguire.

Contro questa impostazione sembra cozzare un dato apparentemente non superabile. L'esercizio dei poteri di autotutela in capo all'amministrazione implica un'attività amministrativa di secondo grado e presuppone, perciò, la sussistenza di un provvedimento amministrativo su cui il predetto potere di autotutela dovrebbe ricadere. È allora chiaro che la tesi dell'adozione di misure di autotutela da parte dell'amministrazione, mal si concilia con la qualifica di atto di diritto privato attribuita alla denuncia di inizio attività; viceversa, la predetta tesi, potrebbe accogliersi, laddove, si riconoscesse natura di provvedimento amministrativo tacito alla denuncia, come parte minoritaria della giurisprudenza ha fatto (27).

L'altra soluzione, invece, è quella per cui, l'esercizio del potere di verifica conseguente alla denuncia di inizio attività sarebbe da inquadrare nell'ambito dell'attività di controllo successivo dell'amministrazione, dalla quale può scaturire un provvedimento repressivo (28).

Anche in questo caso la giurisprudenza sembra non aver assunto un indirizzo unanime. Il potere repressivo che residua in capo alla P.A. è stato fatto rientrare in alcuni casi *“nel più generale potere di ordinare la cessazione dell'attività in tutti i casi di mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti”* (29); in altri, seguendo le indicazioni dettate dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato, nel generale potere di autotutela della P.A.. Nell'accogliere l'ultima soluzione prospettata, i giudici hanno comunque cercato di ricostruire siffatto potere repressivo, avendo bene in mente la natura di atto privato della D.I.A.. In effetti, avviso dei giudici di Palazzo Spada, *“l'attività dell'amministrazione, successiva alla denuncia di inizio attività è un'attività discrezionale e per tale ragione essa è stata ricondotta al più generale potere di intervento successivo dell'amministrazione ed al quadro dell'autotutela; essa però non implica una attività di secondo grado su di un precedente provvedimento, proprio perché nello schema teorico dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, l'intervento dell'amministrazione non è successivo ad un provvedimento amministrativo, ma ad una dichiarazione di un privato cittadino”* (30).

Una volta riconosciuto da parte della giurisprudenza che a seguito del decorso del termine per l'accertamento delle condizioni della D.I.A. residuano in capo all'amministrazione poteri, che a prescindere dalla loro classificazione hanno carattere repressivo, sorge un'ulteriore e consequenziale questione.

(27) Così Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2003, n. 3265; Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6910; T.A.R. Veneto, sez. II, n. 3405/03; T.A.R. Veneto, n. 2354/05.

(28) Sul tema, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II tomo, terza edizione, Giuffrè, pg-1339 ss.

(29) Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2004, n. 5323.

(30) Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453.

In effetti, alla luce del citato indirizzo giurisprudenziale, ci si è interrogati se il terzo leso dall'attività intrapresa a seguito di D.I.A., decorso il termine che la P.A. ha a disposizione per controllare la sussistenza delle condizioni legittimanti l'attività, possa sollecitare l'esercizio del potere di autotutela e, in caso di inerzia, ricorrere contro il silenzio-rifiuto *ex art. 21 bis* legge T.A.R. È noto, infatti, come detto rito sia dalla norma espressamente preordinato a sindacare l'inerzia della pubblica amministrazione, esulando dal suo ambito di applicazione i casi di silenzio significativo, ossia quelli in cui la legge attribuisce al comportamento silente protratto per un certo termine il valore tipico di assenso o di rigetto.

Anche in questo caso, la giurisprudenza non ha assunto una posizione unanime. In effetti le tesi si divaricano a seconda della ricostruzione dell'art. 19 accolta.

In questa prospettiva, sembra scontata la posizione di coloro secondo cui l'inerzia dell'amministrazione, a fronte della denuncia di inizio attività presentata dal controinteressato (denunciante), darebbe luogo ad un titolo formatosi in via silenziosa. Secondo siffatta ricostruzione "l'inerzia e/o il silenzio dell'amministrazione si sarebbero trasfusi nel provvedimento che ha autorizzato la controinteressata all'esecuzione degli interventi, per cui allo stato, non sussisterebbe un'inerzia illegittima da perseguire nelle forme di cui al modello processuale di cui all'art. 21 *bis*, bensì un titolo edilizio consolidatosi con il decorso del termine assegnato all'amministrazione per inibire l'intervento" (31).

Più complessa si presenta, per contro la posizione della giurisprudenza dominante, secondo cui la D.I.A. prescinderebbe sempre e comunque dall'emanazione di un provvedimento amministrativo. A fronte di questo dato assodato, occorre però compiere un ulteriore distinguo. In effetti all'interno della giurisprudenza dominante le posizioni si divaricano a seconda che si accolga o meno la configurazione dei poteri repressivi che residuano in capo alla P.A. nell'ambito della c.d. autotutela.

In questo senso, vale a dire, a favore dell'esperibilità della procedura del silenzio-rifiuto per sollecitare l'esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione in materia di D.I.A. si è recentemente pronunciato il Consiglio di Stato (32). Nell'accogliere tale soluzione, ha avuto cura di precisare come rispetto alla D.I.A. non possa invocarsi il tradizionale indirizzo giurisprudenziale che esclude la possibilità di far ricorso alla procedura del silenzio-rifiuto allo scopo di provocare, da parte dell'amministrazione, l'esercizio dei poteri di autotutela. Tale indirizzo, ad avviso dei giudici di Palazzo Spada, trova, invero, il proprio fondamento nell'esigenza di evitare il superamento della regola della necessaria impugnazione dell'atto amministrativo nel ter-

(31) T.A.R. Veneto, sez. II, n. 2354 del 2005.

(32) Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453; in questo senso anche Cons. Stato, sez. IV, n. 3916/05.

mine di decadenza. Appare evidente, infatti, che ove dovesse ritenersi possibile il ricorso al silenzio-rifiuto, ai fini dell'esercizio del potere di annullamento in sede di autotutela da parte dell'amministrazione, nei confronti di un provvedimento non tempestivamente impugnato dal privato interessato, potrebbe essere facilmente elusa la regola che richiede l'impugnazione del provvedimento da parte di chi sia da esso lesa nei termini di decadenza.

Una situazione del genere – rileva la sentenza in esame – non appare configurabile con riferimento alla denuncia di inizio attività privata ed alla successiva attività dell'amministrazione. Da una parte, infatti, la denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo né lo diventa con il decorso del termine previsto per l'attività di riscontro della pubblica amministrazione; dall'altra, questa ultima non è una attività di secondo grado, che interviene su una precedente attività provvedimentale. Non potendosi, pertanto, verificare, con riferimento all'attività dell'amministrazione successiva alla denuncia di inizio attività, quel fenomeno, ora descritto, di elusione del termine decadenziale, non vi sono ragioni per non ritenere applicabile il rito speciale di cui all'art. 21 *bis* della legge T.A.R. (33).

Contraria a questa impostazione, si è mostrata quella parte della giurisprudenza, soprattutto dei Tribunali amministrativi regionali (34), che non fanno ricadere il potere repressivo della P.A. nell'ambito dell'autotutela. Secondo siffatta impostazione *“ammettere l'esercizio dell'autotutela significherebbe, in realtà, riconoscere la possibilità per l'amministrazione di annullare una dichiarazione resa da un privato cittadino indipendentemente dal valore giuridico che la stessa possa assumere”* (35).

In questa prospettiva, a fronte del silenzio tenuto dall'amministrazione che non ha provveduto a compiere l'accertamento delle condizioni legittimanti la D.I.A. nel termine di legge, il terzo che si ritenga lesa in un suo interesse legittimo può, senza necessità di ottenere la formazione di un silenzio-rifiuto, tutelare i propri interessi *“attivando un giudizio di cognizione tendente all'accertamento della insussistenza dei requisiti e dei presupposti fissati dalla legge per la libera intrapresa dell'attività e quindi della illegittimità del silenzio medesimo, con ogni conseguenza giuridica per ciò che riguarda le opere compiute”* (36).

(33) È chiaro che l'azione *ex art. 21 bis* della legge T.A.R., a pena di inammissibilità doveva essere preceduta da una formale diffida da parte del terzo nei confronti dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, n. 3916/05); necessità venuta meno solo recentemente a seguito della novella n. 15 del 2005.

(34) T.A.R. Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113.; T.A.R. Piemonte, sez. I, 4 maggio 2005, n. 1359.

(35) Così T.A.R. Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113.

(36) T.A.R. Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113. Occorre comunque precisare che questa costruzione è stata compiuta non in ordine al modello generale di cui all'art. 19, bensì con riferimento alla D.I.A. edilizia. Ad avviso del citato Tribunale amministrativo, non è possibile far ricorso al rimedio processuale di cui all'art. 21 *bis* della legge T.A.R.; giacché, in primo luogo, detto rimedio non può essere utilizzato al fine di una pronuncia sulla fondatezza della pretesa sostanziale (principio stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2002, ma oggi superato dalla novella n.

Il silenzio dell'amministrazione non si atteggierebbe come inadempimento in senso tecnico, ma come comportamento illegittimo, in quanto espressivo di una attività di controllo conclusasi positivamente, pur in carenza dei requisiti e dei presupposti stabiliti dalla legge. Ne consegue, che l'unica azione ammissibile a tutela degli interessi legittimi del terzo sarebbe quella di accertamento, non potendo, del resto, trovare applicazione né quella di inadempimento (mancando l'inerzia in senso tecnico dell'amministrazione), né, tanto meno, quella di annullamento (mancando un provvedimento da annullare).

Va da sé, poi, che in via accessoria, il terzo potrà altresì chiedere il risarcimento dei danni eventualmente subiti dall'illegittimo comportamento tenuto dall'amministrazione, ove ne ricorrano i presupposti. Ad avviso della giurisprudenza citata, inoltre, al giudice amministrativo non può essere negata la possibilità di tutelare appieno, anche nella fase cautelare, tutti gli interessi protetti dall'ordinamento per i quali il legislatore ha attribuito agli organi di giustizia il potere di sindacare l'esistenza di un esercizio legittimo della funzione amministrativa. Pertanto, deve ragionevolmente ritenersi, che l'interesse legittimo del terzo possa altresì essere tutelato in via cautelare, nell'ambito del delineato giudizio di accertamento, mediante l'adozione delle misure che appaiono secondo le circostanze, più idonee ad assicurare in via interinale gli effetti sostanziali di tale decisione. Tale azione, si precisa infine, potrà però essere esercitata entro il termine decadenziale di sessanta giorni dalla conoscenza della illegittimità del comportamento dell'amministrazione, conoscenza che verosimilmente interverrà, salvo prova contraria, con l'inizio dell'attività.

Occorre esaminare un ultimo profilo, non di poco conto, che inerisce alla giurisdizione. Quanto sino ad ora detto, sembra in un certo qual modo presupporre che la tutela del terzo ricada *tout court* nella giurisdizione del giudice amministrativo, salvo ovviamente trattarsi di controversie tra privati, in cui sono in gioco diritti soggettivi, per cui, tendenzialmente dovrebbe concludersi che in tal caso la giurisdizione sia del giudice ordinario.

Le cose non sono così semplici e le difficoltà emergono a cominciare proprio dalle controversie che apparentemente dovrebbero esaurirsi in un ambito tutto privatistico. Per avere un quadro d'insieme, occorre tenere in considerazione due dati di rilievo.

Il primo è che sino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, la materia "edilizia" e dunque la tematica della D.I.A. edilizia rientrava, ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80 del 1998, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

15 del 2005 almeno con riferimento all'attività vincolata della P.A. come è nel caso *de quo*); in secondo luogo e ciò inerisce alle peculiarità della D.I.A. edilizia, poiché il potere inibitorio-preventivo della P.A. è sottoposto ad un termine di legge perentorio (diversamente dal potere repressivo-successivo), una volta decorso il quale, i poteri inibitori della P.A. si estinguono e perciò, non è più ipotizzabile una pronuncia che imponga all'amministrazione l'esercizio di una specifica potestà di cui non è più titolare.

Il secondo, che a seguito della sentenza citata, l'art. 34, comma 1, del medesimo decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lettera *b*, della legge 21 luglio 2000, n. 205, è stato dichiarato incostituzionale, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie aventi per oggetto «*gli atti, i provvedimenti e i comportamenti*» anziché «*gli atti e i provvedimenti*» delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia.

Orbene, alla luce di questi dati, è chiaro che si sono posti tutta una serie di problemi. Innanzitutto, occorre verificare la perdurante solidità di alcune affermazioni compiute dalla giurisprudenza come ad esempio che “anche nell'ipotesi in cui l'interesse che il terzo assuma essere leso dall'attività intrapresa si sostanzia in un diritto soggettivo, la relativa controversia rientrerà nell'ambito della competenza esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80/98, in quanto la dedotta lesione si sarà prodotta in ogni caso con la necessaria presenza ed intermediazione del potere amministrativo” (37).

In effetti, una affermazione del genere, se da un lato non ha più rilievo, in quanto anche nella materia edilizia, la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste solo quando è in gioco la lesione di interessi legittimi, dall'altro, è difficile affermare che la lesione non sia stata causata dal mancato esercizio di un potere di controllo vincolato, ma comunque autoritativo della P.A. Accogliendo questa ultima considerazione, dovrebbe pervenirsi alla conclusione che, in caso di lesione di un diritto soggettivo, poiché il medesimo è destinato a scontrarsi comunque con la presenza necessaria dell'amministrazione, il terzo sarà legittimato ad agire soltanto affinché la medesima eserciti correttamente il proprio potere, e dunque, la questione dovrà essere portata di fronte, ancora una volta, al giudice amministrativo.

Ad una stessa conclusione dovrebbe pervenirsi, in ordine al giudizio di cognizione dell'accertamento del comportamento illegittimo della P.A, così come ricostruito dalla recente giurisprudenza prima citata. Anche in tal caso, se è vero che i comportamenti in materia edilizia sono stati sottratti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, altrettanto vero è che in tal caso, il comportamento si sostanzia in un esercizio illegittimo del potere di controllo della P.A., per cui, ancora una volta, la questione dovrebbe essere portata davanti al giudice naturale degli interessi legittimi.

In questo senso si è pronunciato recentemente il T.A.R. Piemonte (38) il quale ha osservato che l'espunzione dei “*comportamenti*” dal testo dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80/98 deve essere interpretata sistematicamente sulla base della motivazione della sentenza n. 204 del 2004, dovendosi ritenere, pertanto, sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo, solamente i com-

(37) T.A.R. Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003, n. 113.

(38) T.A.R. Piemonte, sez. I, 4 maggio 2005, n. 1369.

portamenti non riconducibili, neppure in via mediata, all'esercizio della funzione amministrativa.

Tuttavia, anche questa impostazione non sembra pacifica in giurisprudenza; in senso contrario si deve segnalare la pronuncia di un altro Tribunale amministrativo (39), secondo cui l'inerzia/silenzio o meglio, il mancato esercizio dell'attività di vigilanza da parte della P.A., integrerebbe un mero comportamento, che a seguito della sentenza della Corte Costituzionale citata esulerebbe dalla giurisdizione del giudice amministrativo.

È chiaro che le due posizioni citate riflettono gli orientamenti sorti all'indomani della sentenza n. 204 del 2004. La nozione di comportamenti della P.A. sottratti alla giurisdizione del giudice naturale degli interessi è stata variamente interpretata.

Secondo una parte della dottrina e giurisprudenza, si dovrebbe ritenere che, la Corte Costituzionale abbia voluto espungere ogni comportamento della P.A., così come si evince, dal dispositivo della sentenza. Altra parte, ed è questa la tesi che si condivide, ha sottolineato la necessità di correlare la scarna indicazione del dispositivo con il frammento di motivazione ad esso riferito: la giurisdizione esclusiva sui comportamenti è illegittima, in quanto estesa a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediamente – alcun pubblico potere (40). Questa sembra essere anche la via intrapresa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (41), chiamata ad esprimersi in ordine alla tematica *de qua*, anche se con riferimento ai comportamenti della P.A. in un diverso settore, vale a dire, quello delle procedure espropriative. *“In materia di procedimenti espropriativi, i “comportamenti” cui fa riferimento l’art. 34 del decreto legislativo 80.98 nella relativa versione originaria, anteriore all’intervento operato dalla Corte costituzionale con la nota pronuncia n.204/04, devono assumersi riferiti non già ad attività materiali della P.A. sorrette dall’esplicazione del potere – sia pure manifestatosi attraverso l’adozione di atti illegittimi, dipoi caducati – quanto piuttosto a contegni posti in essere dalla parte pubblica (sia pure funzionali al perseguimento dell’interesse pubblico, ma) collocantisi al di fuori dell’esplicazione del potere, come nelle ipotesi della pura attività materiale (non sorretta da provvedimento), delle voi de fait, delle manifestazioni abnormi di potestà”*.

Sin qui si è cercato di dare un quadro generale della tematica della natura della D.I.A. e delle possibili tutele che possono essere apprestate al terzo. Lampante è ciò che si era preannunciato, vale a dire la nebulosità dei rimedi

(39) T.A.R. Lombardia, 6 luglio 2005, n. 3230.

(40) CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE (ufficio del massimario e del ruolo), *I comportamenti in materia urbanistica ed edilizia*.

(41) Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 16 novembre 2005, n. 9. La questione circa l'individuazione della nozione di "comportamento" era stata rimessa dalla IV Sezione del Consiglio di Stato con ord. del 17 marzo 2005, n. 1009.

esperibili dal soggetto leso dall'attività intrapresa tramite D.I.A., in quanto nulla sembra chiaro e definito: incerta è la natura della D.I.A., incerta è la natura del termine entro cui la P.A. può accertare i requisiti e i presupposti di legge, incerta è la natura dei poteri di controllo della P.A. susseguenti al decorso del termine citato; incerta è la possibilità di stimolare l'amministrazione ad assumere provvedimenti repressivi tramite la procedura di cui all'art. 21 *bis* della legge T.A.R. ed infine, in alcuni casi, incerto è il giudice chiamato a conoscere di queste controversie.

A fronte di un panorama così poco confortante, occorre prendere in considerazione le modifiche recentemente apportate al modello generale della D.I.A. dal decreto legge n. 35 del 2005, convertito in legge n. 80 del 2005, al fine di verificare se il legislatore ha finalmente portato un po' di chiarezza nella tematica *de qua*.

Rispetto alla precedente norma (42), il nuovo testo dell'art. 19 presenta molteplici aspetti di sicura novità (43), tuttavia, in questa sede si approfondiranno solo quelle connesse con il tema trattato che sono: da un lato, previsione espressa della possibilità da parte della P.A. di esercitare i suoi poteri di autotutela, ai sensi degli art. 21 *quinques* e 21 *nonies* della legge n. 241/90, anche dopo la scadenza del termine di trenta giorni; in secondo luogo, l'istituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su tutte le controversie in materia di D.I.A.

Cominciando da questo ultimo profilo, la nuova previsione, elimina tutte quelle incertezze sopra citate, sorte a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale. Anzi, a ben guardare, la scelta compiuta dal legislatore, sotto questo profilo, appare in linea con i limiti tracciati alla giurisdizione esclusiva dalla pronuncia n. 204 del 2004 della Consulta.

Ed invero, la fattispecie *de qua* rappresenta effettivamente una di quelle ipotesi in cui sussiste un intreccio inestricabile di diritti soggettivi ed interes-

(42) La DIA è stata introdotta dalla legge n. 241 del 1990, ma l'art. 19 è stato successivamente riscritto dalla legge n. 537 del 1993, che ha fatto diventare tale istituto la regola generale in tutte quelle materie preventivamente soggette a titoli abilitativi vincolati. La denuncia si sostituiva soltanto a quegli atti amministrativi il cui rilascio fosse dipeso esclusivamente dall'accertamento, di per sé privo di margini di discrezionalità, dei presupposti e requisiti di legge ovvero dal mero accertamento di requisiti di carattere tecnico. Erano, viceversa sottratte al regime di liberalizzazione di cui all'art. 19, le ipotesi in cui il rilascio dell'autorizzazione fosse frutto di discrezionalità amministrativa vera e propria, nonché fattispecie in cui il rilascio del titolo abilitativo fosse subordinato a valutazioni tecnico-discrezionali.

(43) Le altre novità in questa sede non esaminate. In primo luogo, la norma amplia il campo di applicazione della D.I.A. Vi rientrano non solo le concessioni non costitutive e le iscrizioni in albi e ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale e artigianale, ma anche, gli atti abilitativi caratterizzati da discrezionalità tecnica. In ordine a questo ultimo profilo, in senso favorevole, v. F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, II tomo, pg. 1398 ss, Giuffré (quarta edizione); contro, v. P. MARZANO GAMBA, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio attività*, in www.lexitalia.it. In secondo luogo, quasi a compensare l'ampliamento dell'area applicativa dell'istituto, si prevede, a differenza di quanto accadeva sotto il vigore della precedente versione, che, presentata la dichiarazione, l'attività possa avere inizio non subito, ma soltanto decorso uno spazio temporale minimo fissato dal legislatore in trenta giorni.

si legittimi, in cui trova perciò una effettiva giustificazione la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e dunque uno spostamento della tutela dei diritti dalla sua sede naturale. In ordine al profilo della giurisdizione, la nuova previsione fa venir meno la necessità di stabilire se la D.I.A. sia fonte di interessi legittimi o diritti soggettivi, eliminando, così ogni incertezza in ordine ai criteri di riparto.

In relazione, all'altro profilo, si deve constatare che pur non trattandosi di una previsione di carattere innovativo, in quanto come sopra esaminato, parte della giurisprudenza riconosceva la sussistenza del suddetto potere in capo all'amministrazione già sotto il vigore della precedente versione, affatto di poco conto, sembrano i risvolti provenienti da siffatto riconoscimento espresso, compiuto dal legislatore.

In effetti, la previsione da parte del nuovo testo dell'art. 19 del potere dell'amministrazione di intervenire sulla D.I.A. con i poteri di revoca e di annullamento d'ufficio, ai sensi degli artt. 21 *quinques* e 21 *nonies* sembra offrire un importante avallo a quell'indirizzo interpretativo, volto a configurare l'istituto come un atto amministrativo che si forma in modo tacito. Non si tratta di una considerazione di scarso rilievo, se si tengono a mente tutti gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza per dare coerenza ad un meccanismo che si riteneva doveva fondarsi su un atto privato. Il richiamo a questi istituti sembra, infatti, collidere con la ricostruzione del modello della D.I.A. compiuto, anche, da quella parte della giurisprudenza che riconosce poteri di autotutela in capo alla P.A., secondo cui si prescinderebbe comunque dall'emanazione di un provvedimento amministrativo. Per non stravolgere del tutto l'istituto e le acquisizioni cui anche la giurisprudenza è faticosamente pervenuta, autorevole dottrina (44) ha sostenuto che si dovrebbe circoscrivere il ricorso all'annullamento e alla revoca alle sole ipotesi in cui il potere sia già stato esercitato entro il termine previsto, mediante l'adozione dei provvedimenti tipici di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti.

Questa lettura parrebbe più coerente sia con la logica sottesa alla liberalizzazione che con la più moderna concezione dei provvedimenti di riesame come ipotesi di riesercizio dell'originario potere. Tale conclusione, ad avviso della dottrina citata, sembrerebbe peraltro autorizzata anche dalla formulazione concreta della norma ove il richiamo risulta collocato subito dopo la previsione in ordine all'esercizio del potere di controllo.

Più complessa da sostenere, anche se si ritiene essere l'opzione da accogliere – ad avviso ancora della dottrina citata – sarebbe la lettura nel senso della permanenza del potere di autotutela su una vicenda nondimeno attratta nell'area del diritto comune. Si tratterebbe in questa prospettiva di configurare (assai problematicamente) una sorta di necessaria contaminazione fra modelli privatistici e modelli pubblicistici quando comunque l'atto del privato risulti inserito nel circuito della funzione pubblica.

(44) F. LIQUORI, *op. cit.*

Tale complessità è stata avvertita immediatamente da quella giurisprudenza, che ha avuto modo di affrontare la tematica alla luce della nuova previsione. Così, ad avviso del Tribunale Amministrativo dell'Abruzzo (45), in effetti, la tesi secondo cui la D.I.A. sarebbe un atto soggettivamente ed oggettivamente privato, troverebbe, oggi un ostacolo proprio nella nuovo testo dell'art. 19, allorché consente all'amministrazione rimasta inerte dopo la presentazione della D.I.A., di assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi degli art. 21 *quinques* e 21 *nonies*. Da tale previsione normativa, ad avviso del T.A.R. citato, sarebbe possibile desumere che il legislatore abbia voluto assumere una specifica posizione in ordine alla natura giuridica della D.I.A., "ipotizzando, invero, l'adozione di provvedimenti di secondo grado, il legislatore avrebbe inteso la D.I.A. come un atto abilitativo tacito formatosi a seguito della denuncia (oggi dichiarazione) del privato e del conseguente comportamento inerte dell'amministrazione" (46).

Attendendo che nuove decisioni vengano adottate sul punto, non si può condividere la posizione assunta dal Tribunale citato. Il legislatore, consapevole delle incertezze in giurisprudenza, ha cercato di mettere fine ad una *querelle* in corso da anni. La D.I.A. è una fattispecie complessa, che attribuisce una posizione soggettiva da alcuni (47) definita "di diritto soggettivo a regime amministrativo". Si tratta di una espressione efficace che mette in luce la peculiarità dell'istituto. In effetti, come più volte chiarito, gran parte della giurisprudenza, riteneva, ancor prima dell'intervento legislativo in questione che, a fronte dell'esistenza di un diritto soggettivo del privato, sussistesse un potere di controllo dell'amministrazione, potere di controllo che anche decoro il termine di legge permane; incerta era, in passato, solo la veste formale da attribuire a questo potere.

In questa prospettiva, coerente appare l'intervento del legislatore, il quale si è limitato a formalizzare in norma quello che era il principale indirizzo giurisprudenziale, senza quindi volere in alcun modo mettere in discussione i risultati compiuti sino ad oggi dalla giurisprudenza medesima, secondo cui la D.I.A. è un atto di un soggetto privato e non di una pubblica amministrazione, che ne è invece destinataria e non costituisce, pertanto, esplicitazione di una potestà pubblicistica.

Inoltre, configurando la D.I.A. come un provvedimento amministrativo che si forma in maniera tacita, autorevole dottrina ha posto l'accento sul fatto che siffatta ricostruzione verrebbe ad assimilare la D.I.A. all'istituto del

(45) T.A.R. Abruzzo, n. 498/05.

(46) Secondo il T.A.R. Abruzzo una conferma di quanto detto sarebbe rinvenibile dall'esame degli atti parlamentari, in cui era stata evidenziata l'inopportunità del rinvio ai predetti articoli 21 *quinques* e 21 *nonies*, proprio perché tale previsione non sarebbe stata coerente con il fatto che la denuncia di inizio attività non dà luogo ad un atto amministrativo. Per cui, essendo stato disatteso tale rilievo, sembra al Collegio che nella nuova previsione la d.i.a. sia stata intesa dal legislatore quale titolo abilitativo tacito, sul quale poi esercitare i previsti poteri di autotutela.

(47) F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II tomo, quarta edizione, Giuffrè, pg. 1403. Citazione tratta da E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001.

silenzio assenso, che per contro il legislatore disciplina in un articolo differente (art. 20 della legge n. 241 del 1990), mostrando perciò di volere tenere distinti e separati i due istituti (48).

A questo punto, è chiaro che l'effetto che si deve attribuire alla nuova previsione non è, certamente, di aver inciso sulla natura giuridica della D.I.A., ma di aver reso indirettamente più certa ed effettiva la tutela del terzo. A seguito della novella non vi è dubbio infatti che il terzo che si ritenga leso dall'attività da altri svolta sulla base della D.I.A., possa sollecitare l'esercizio dei poteri di autotutela della P.A. In particolare, l'amministrazione, anche se il termine è infruttuosamente decorso, può pur sempre intervenire tramite il potere di annullamento d'ufficio, per rilevare l'insussistenza originaria o sopravvenuta delle condizioni per svolgere l'attività, senza che occorra rivolgersi all'autorità giudiziaria.

In questa prospettiva, l'esercizio del citato potere da parte dell'amministrazione, non può neppure ritenersi violativo dei principi interni e comunitari dell'affidamento e della certezza giuridica. Di fronte ad un atto illegittimo, è chiaro che il privato non può vantare alcun affidamento e, ciò diventa ancor più lampante nel caso di specie, ove l'atto non proviene dall'amministrazione, ma dal privato, che presumibilmente conosce la correttezza o meno della propria dichiarazione. La carenza dei presupposti e requisiti di legge, è di per sé inidonea a fondare un'attesa di conservazione dei suoi effetti.

Non vi è dubbio però, che tale affidamento sia destinato a formarsi, quando la P.A. continui a consentire l'attuazione di quell'atto (specie, se si tratta di un atto favorevole per il privato e l'amministrazione non sia intervenuta in sede di controllo), ed ecco perciò che deve essere individuato un limite temporale all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, limite oggi normativamente previsto dall'art. 21 *nonies*. L'esercizio di questo potere, infatti, deve avvenire in un tempo ragionevole, perché altrimenti si pregiudicherebbe il principio della certezza giuridica e dell'affidamento.

Per ciò che concerne l'altro potere oggi riconosciuto in capo alla P.A., il potere di revoca, anche in questo caso, non vi è dubbio che il suo esercizio sarà subordinato alla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 21 *quinques*, vale a dire, sopravvenuti motivi di interesse pubblico, mutamento della situazione di fatto, nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, e dunque sostanzialmente ogni qualvolta emergano profili nuovi idonei a proiettare l'attività al di fuori dei confini della denuncia. Ma vi è di più: il legislatore, consapevole del fatto che il potere di revoca va fortemente ad incidere sul principio dell'affidamento, ha cercato di controbilanciarlo, prevedendo la possibilità di un ristoro economico sotto forma di indennizzo nel caso in cui la revoca comporti un pregiudizio in danno ai soggetti direttamente interessati.

(48) F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II tomo, quarta edizione, Giuffrè, pg. 1413 ss.

Orbene, è chiaro a questo punto che l'attribuzione esplicita all'amministrazione di poteri di autotutela in materia di D.I.A. offra non solo di una posizione giuridica più solida al terzo, ma anche allo stesso denunciante, il quale non avrà più incertezze in ordine alla titolarità di siffatti poteri in capo alla P.A. e, al contempo sarà consapevole dei limiti cui tali poteri sono subordinati e la cui violazione consentirà, certamente una sua appropriata reazione (49).

Un'ultima considerazione deve essere compiuta. In precedenza, si è fatto riferimento alla circostanza che il riconoscimento di poteri di autotutela in capo all'amministrazione, legittimerebbe il terzo leso dall'attività intrapresa a seguito della D.I.A., a stimolare l'esercizio di questi poteri. Fin qui *nulla quaestio*, occorre a questo punto, però, verificare se la novella ha chiarito una volta per tutte se il terzo è legittimato, in caso di inerzia, a ricorrere *ex art. 21 bis* della legge T.A.R.

Invero, anche a seguito della riforma non sembrano caduti tutti quei dubbi in ordine alla esperibilità della procedura citata. La recente pronuncia già citata (50), ha ritenuto non esperibile il ricorso alla procedura del silenzio-rifiuto, alla luce dell'ampia discrezionalità che connoterebbe l'esercizio del potere di autotutela. In effetti, vero è che i provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'amministrazione, che non ha alcun obbligo di attivarlo e qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione della quale essa sola è titolare e che "*non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile*" (51). Tuttavia, è proprio in ordine a questo ultimo profilo che già in passato il Consiglio di Stato (52) ha correttamente sottolineato come nella tematica in esame manchi *ab origine* un provvedimento, per cui non si verificherebbe quel fenomeno di elusione dei termini decadenziali, ritenuto quale maggiore ostacolo al riconoscimento dell'esperibilità del ricorso *ex art. 21 bis* legge T.A.R..

Alla luce di quanto detto, l'unica certezza offerta dalla novella in ordine alla tematica in esame inerisce alla esperibilità dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione, una volta decorso il termine di trenta giorni entro cui la P.A. è chiamata a svolgere l'attività di controllo. Pur trattandosi, certamente, di una novità non di poco conto, perché l'attivazione della P.A. in questo senso garantisce, senza ombra di dubbio, la salvaguardia degli interessi del terzo, non può ritenersi che la previsione in tal senso abbia eliminato tutte le incertezze in ordine alla tutela dei medesimi. Come sopra chiarito,

(49) Non vi è dubbio, ad esempio che in caso di revoca, se l'amministrazione non eroga l'indennizzo, o lo eroga in un *quantum* inferiore il dovuto, il soggetto direttamente coinvolto dalla revoca potrà adire il giudice amministrativo, trattandosi di controversie rimesse alla giurisdizione esclusiva di questo ultimo. Ancora, nel caso di revoca illegittima, il soggetto direttamente coinvolto non avrà diritto ad un mero indennizzo, ma ad un risarcimento.

(50) T. A.R. Abruzzo, n. 498/05.

(51) Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7136.

(52) Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453.

non solo nuovi dubbi sono sorti in ordine alla natura della D.I.A., ma permane irrisolto uno dei nodi cruciali della tematica *de qua*: la nuova previsione sembra, in effetti non aver per nulla agevolato la risoluzione della questione in ordine alla esperibilità del rito speciale del silenzio-rifiuto, in caso di inerzia dell'amministrazione. La giurisprudenza più recente dei Tribunali amministrativi regionali sembra orientata a negare la possibilità di ricondurre il modello della denuncia, oggi dichiarazione di inizio attività, al *genus* del silenzio rifiuto, anche alla luce della nuova qualificazione dei poteri repressivi della P.A., ipotizzando che la tutela delle ragioni del terzo possa passare – non a torto – per un'azione volta ad accertare il comportamento illegittimo della amministrazione medesima.

A questo punto occorre attendere che il Consiglio di Stato si pronunci nuovamente sul punto per sperare di avere un quadro definitivamente più chiaro e certo in ordine alla tutela del terzo pregiudicato dalla D.I.A.

Riferimenti bibliografici

DOTTRINA:

F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, terza edizione, Giuffrè, p. 1336 ss.

F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, quarta edizione, Giuffrè, p. 1398 ss.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE (ufficio del massimario e del ruolo), *I comportamenti in materia urbanistica ed edilizia*.

CORTISEI, *La perentorietà del termine per la verifica della DIA*, in *Urb. e app.*, 2002, p. 1471.

DE MICO, *Note sugli art. 19 e 20 della legge n. 241/1990*, in *Dir. Amministrativo* 1993, p. 282.

P. FALCONE, *La denuncia di inizio attività dopo il D.Lgs. n. 301/2002: prime note*, in www.giustizia-amministrativa.it;

R. GIOVAGNOLI, *Il rapporto di causalità*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (opera diretta da), *La responsabilità civile della P.A.*, Bologna, 2005, p. 259 ss..

F. LIGUORI, *Note sul diritto privato, atti non autoritativi e denuncia di inizio attività*.

P. MARZANO GAMBA, *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio attività*, in www.lexitalia.it

L. OLIVERI, *La natura giuridica della denuncia di inizio attività nella legge 241/1990 novellata*, in www.lexitalia.it

TRAVI, *Silenzio assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002.

GIURIPRUDENZA:

Corte Costituzionale, n. 204/2004; Parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, n. 27/1992; Cons. Stato, sez. IV, n. 3916/05; Cons. Stato, sez. IV, n. 3498/05; Cons. Stato, sez. IV, n. 4453/02; Cons. Stato, sez. VI, 3265/2003; Cons. Stato, sez. VI, n. 6910/2004 ; Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 9/2005; T.A.R. Veneto, sez. II, 3265/2003; T.A.R. Veneto, sez. II, n. 2354/2005; TAR Sicilia, sez. III, n. 738/05; T.A.R. Piemonte, n. 1359 e n. 1367 del 2005; T.A.R. Piemonte, sez. I, n. 1369/ 2005 T.A.R. Lombardia, n. 3230/2005; T.A.R. Abruzzo, n. 498/05; TAR Liguria, sez. I, n. 113/03; T.A.R. Puglia, sez. II, n. 4950/2002.