

La d.i.a. Un nuovo silenzio?

(Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza 22 febbraio 2007, n. 948)

SOMMARIO: 1.– *Decisione del Consiglio di Stato, sez. V, del 22 febbraio 2007 n. 948.* 2.– *Verso un nuovo assetto della d.i.a.? a) Necessità di un nuovo orientamento a seguito della Legge 80/2005. b) T.A.R. Abruzzo, 11 marzo 2004, n. 267. c) La d.i.a. come meccanismo opposto all'autorizzazione. d) (segue) La d.i.a. può venire intrapresa prima del decorso del termine entro cui l'Amministrazione può inibire l'attività. e) Verso un nuovo tipo di silenzio significativo? Il silenzio-rinuncia.*

1. *Decisione del Consiglio di Stato, sez. V, del 22 febbraio 2007, n. 948*

Con la decisione in esame, il Consiglio di Stato ritorna sulla questione dei meccanismi a tutela del terzo controinteressato avverso la d.i.a. E lo fa ribadendo la posizione già consolidata di Palazzo Spada (1).

Nel caso di specie, il giudice di primo grado, il T.A.R. Toscana (sentenza n. 2617 del 27 maggio 2005), aveva ricordato che “al silenzio tenuto dall'Amministrazione comunale a fronte di una denuncia di inizio di attività edilizia non può essere attribuito il valore né di un tacito atto di assenso all'esercizio delle attività denunciate dal privato né di un implicito provvedimento positivo di controllo a rilevanza esterna, ma piuttosto di un mero comportamento, rapportabile, sul piano degli effetti legali tipici, ad un'attività di verifica conclusasi positivamente... e quindi inidonea di per sé a sostanziare un'autonoma determinazione di natura provvedimento direttamente impugnabile in sede giurisdizionale con un'azione di annullamento”. Da ciò conseguiva che “l'azione di annullamento proposta dal ricorrente, che rispetto alla denuncia *de quo* riveste la posizione di terzo, si risolve in una domanda di accertamento [...] nei limiti della verifica dei cennati necessari presupposti per il rilascio dell'autorizzazione commerciale che su quella d.i.a. si è fondata”. Tuttavia, se il T.A.R. dichiarava, tra l'altro, “l'inefficacia della d.i.a. edilizia 28 maggio 2003”, il giudice d'appello riformava la sentenza.

Ribadiva così il Consiglio di Stato che “l'unico rimedio esperibile da parte del soggetto che si ritenga leso da una d.i.a. nei riguardi della quale l'Amministrazione non abbia esercitato alcuna potestà repressiva consiste nel rivolgere formale istanza all'Amministrazione e nell'impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi”. Veniva così confermato l'orientamento già espresso dalla quarta sezione il 22 luglio 2005, con la decisione n.

(1) Per un'attenta ricostruzione delle posizioni espresse in materia, vd. da ultimo I. MORICCA, *La natura della d.i.a. e la tutela giurisdizionale dei terzi*, in *Rass. Avv.*, 4/2006, pp. 358 e ss.

3916. Secondo tale orientamento, nella d.i.a. sarebbe necessario distinguere “tra due distinti rapporti: quello tra denunciante e amministrazione e quello che riguarda i controinteressati all’intervento”. Tali rapporti, pur attenendo a una medesima vicenda sostanziale, potrebbero così essere tenuti distinti sul piano delle tutele, anche in considerazione della diversità dei poteri di cui dispone l’amministrazione.

Palazzo Spada conferma l’orientamento tradizionale secondo cui, nei rapporti tra denunciante e amministrazione, la denuncia di inizio attività si porrebbe come atto di parte. Tale atto, pur in assenza di un quadro normativo di vera e propria liberalizzazione dell’attività, consentirebbe al privato di intraprendere un’attività in relazione all’inutile decorso di un termine cui è legato, a pena di decadenza, il potere dell’amministrazione di inibire l’attività.

Per quanto riguarda la posizione del terzo, questi rimarrebbe comunque estraneo alla d.i.a., sul piano normativo della qualificazione degli interessi, proprio perché la norma sulla denuncia di inizio attività non lo prende formalmente in considerazione. Egli non potrebbe quindi opporsi all’attività del privato in sede di giurisdizione amministrativa. Così, una volta decorso il termine senza che la P.A. abbia esercitato il suo potere inibitorio, il terzo “sarà legittimato a chiedere al Comune di porre in essere i provvedimenti sanzionatori previsti, facendo ricorso, in caso di inerzia, alla procedura del silenzio, che pertanto non avrà, né potrebbe avere, come riferimento il potere inibitorio dell’amministrazione – essendo decorso, a tacer d’altro, il relativo termine, con la conseguenza, sottolineata in dottrina, che il giudice non potrà costringere l’amministrazione a esercitare un potere da cui è decaduta – bensì il generale potere sanzionatorio, salvo poi a stabilire se tale potere abbia carattere vincolato (come ritengono i più) o sia comunque esercitabile alla stregua dei principi dell’autotutela [...]”.

Tale tesi da un lato consentirebbe di attenuare i profili critici di ordine generale cui conduce l’utilizzazione normativa della denuncia di inizio attività in termini di semplificazione procedimentale anzi che di supporto ad attività liberalizzate; dall’altro, consentirebbe “di assicurare la tutela dei terzi in termini ragionevoli con lo strumento del silenzio, secondo uno schema più lineare e quindi semplice, rispetto alle variegate ipotesi cui in pratica possono condurre le altre tesi sin qui prospettate, tutte accomunate dal non irrilevante problema della precisa individuazione dell’oggetto del giudizio”.

Il Collegio conclude affermando che non potrebbero essere condivise né la tesi per cui oggetto dell’impugnativa sono gli effetti della d.i.a. – che sarebbe stata implicitamente avvalorata dal T.A.R. Toscana –, né la tesi che configura la d.i.a. come un provvedimento tacito.

2. Verso un nuovo assetto della d.i.a.?

a) Necessità di un nuovo orientamento a seguito della Legge 80/2005

La sentenza 948 si colloca esattamente nel segno della giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato. Pur essendo resa in materia di d.i.a. edilizia, sembra che le indicazioni in essa contenute possano comunque venire

intese come applicabili anche all'istituto di cui all'art. 19 Legge 241/1990. Invero, tale impianto lascia insoluti alcuni problemi pratici e giuridici.

La pronuncia in esame continua a basarsi su una particolare qualificazione della d.i.a. Tramontata definitivamente l'idea secondo cui l'oggetto dell'impugnazione sarebbe direttamente la dichiarazione del privato (2), ed accettata l'idea secondo cui la dichiarazione di inizio di attività si configurerebbe come un atto di iniziativa privata, il Consiglio di Stato afferma che la legittimazione all'esercizio dell'attività non sarebbe fondata su un atto di consenso della P.A., ma troverebbe la propria fonte direttamente nella legge. Non sussistendo un vero e proprio provvedimento da annullare, la tutela del terzo passerebbe quindi attraverso la sollecitazione del potere sanzionatorio o di autotutela della P.A. In caso di inerzia di quest'ultima, sarebbe esperibile il meccanismo a tutela del privato contro il silenzio di cui all'art. 21 *bis* Legge 1034/1971 (3).

(2) Secondo parte della giurisprudenza, il terzo che si ritenesse leso potrebbe così impugnare direttamente la dichiarazione. Questa opinione è stata suffragata da una parte della giurisprudenza. Il T.A.R. Veneto (sent. 3405/2003) ha infatti ritenuto, in materia di d.i.a. edilizia, che la dichiarazione costituisce il titolo abilitativo vero e proprio, non essendo prevista l'emanazione di alcun tipo di provvedimento. In altri termini, secondo il giudice di Venezia, "la d.i.a., nel disegno della l. n. 662/1996, si comporta allo stesso modo della vecchia autorizzazione tacita: cioè come un titolo che si forma silenziosamente, con il possesso di tutti i requisiti formali e sostanziali prescritti". Prosegue il T.A.R. Veneto asserendo che tale assunto sarebbe avvalorato dall'art. 23 del T.U. sull'edilizia come modificato dal D.Lgs. 301/2002. Si legge infatti in tale norma che "la sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari". La d.i.a. non sarebbe quindi un'attività privata, bensì un "titolo abilitativo, che proviene dall'Amministrazione, sia pure in forma silenziosa o per inerzia (cioè, per non aver la P.A., nel termine perentorio stabilito dalla legge, il proprio potere inibitorio)". Infatti, se la d.i.a. fosse un atto privato, al quale la P.A. resta estranea, "tranne che per [...] eventualmente sanzionare l'attività non conforme alle norme, sarebbe del tutto priva di logica, in quanto non avrebbe senso prevedere l'annullamento del titolo [...] essendo sufficiente l'intervento successivo/repressivo".

Non sembra tuttavia che oggetto dell'impugnazione possa essere direttamente la dichiarazione. La d.i.a. è infatti comunque un atto proveniente da un privato, che non potrebbe in alcun modo assurgere alla dignità provvedimento, neanche se combinata con altri elementi. La stessa P.A. è solamente destinataria della dichiarazione.

Sul piano giurisdizionale, il terzo potrebbe solamente adire il giudice ordinario, richiedendo, se del caso il risarcimento del danno, ma difficilmente potrebbe ottenere soddisfazione su altri piani. Infatti, neanche in materia edilizia un'azione di denuncia di opera nuova, in presenza del titolo legittimante della d.i.a., potrebbe essere utilmente esperita.

La giurisprudenza ha peraltro più volte ribadito che la d.i.a. costituisce un atto privato, con ciò escludendo la possibilità che essa stessa sia oggetto di una censura davanti al T.A.R.. Si veda da ultimo Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2005, n. 3916; precedentemente, Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453 (su cui vd. *Urb. e App.*, 2003, pp. 837 ss., con nota di A. MANDARANO, *Denuncia di inizio attività e sindacato del giudice amministrativo*), nonché T.A.R. Marche, 7 luglio 2003, n. 315; T.A.R. Marche, 6 dicembre 2001, n. 1241; T.A.R. Liguria, 22 gennaio 2003, n. 113.

(3) Da ultimo, Cons. Stato, sez. IV 22 luglio 2005, n. 3916.

Tale tesi, tuttavia, non risolve il nodo del potere di autotutela della P.A.. La teoria in esame porterebbe a ritenere che non sia presente un provvedimento amministrativo in senso proprio. In tal caso, però, non sarebbe agevole capire quale sia l'oggetto su cui la P.A. può esercitare il potere di autotutela. Infatti, fatto salvo il caso di un intervento volto ad inibire l'attività, non si riscontrerebbe alcun provvedimento da annullare o revocare.

Si potrebbe allora ritenere che oggetto dell'autotutela possa essere unicamente un eventuale provvedimento inibitorio adottato dalla P.A. In questo caso, non si porrebbe neanche un vero problema di legittimazione all'impugnazione del terzo, visto che egli non avrebbe motivo di intervenire, né, presumibilmente, alcun interesse ad agire. Una simile ricostruzione avrebbe però la pericolosa conseguenza di impedire alla P.A. qualunque intervento su un'attività esercitata da un privato in assenza dei presupposti di legge e non inibita nei trenta giorni successivi alla d.i.a. Questo, naturalmente, non pare accettabile.

La giurisprudenza ha tuttavia ritenuto questo rilievo privo di pregio. Il Consiglio di Stato, sez. V, nella pronuncia n. 3586 del 19 giugno 2006, ha affermato che "si tratterà [...] di un'autotutela *sui generis* poiché non andrà ad incidere su un atto amministrativo, ma consisterà nella possibilità per la P.A. di adottare, successivamente alla scadenza del termine di trenta giorni dalla comunicazione di avvio dell'attività, provvedimenti di divieto di prosecuzione della stessa e di rimozione dei suoi effetti, condizionata, però, dalla sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto, ulteriore e diverso rispetto a quello volto al mero ripristino della legalità violata". Sulla base di ciò, Palazzo Spada ha potuto affermare che "il riferimento all'autotutela può, quindi, spiegarsi anche restando nei confini della linea interpretativa secondo cui la d.i.a. è un atto del privato" (4).

Bisogna tuttavia considerare che tale pronuncia è stata resa in una fattispecie disciplinata dalla Legge 241 prima della novella del 2005. A seguito delle modifiche introdotte dalla Legge 80/2005, l'art. 19 della legge sul procedimento (che disciplina la d.i.a.) fa ora espresso rinvio agli art. 21 *quinquies* e 21 *nonies*. Tali norme, a loro volta, fanno espresso riferimento ad un "provvedimento amministrativo" (5). Questo significa che, sotto la

(4) In tal senso anche T.A.R. Campania, 28 aprile 2006, n. 3858: nel caso di mancato esercizio del potere inibitorio da parte della P.A., non si forma alcun provvedimento di silenzio-assenso suscettibile di impugnazione. La tutela del terzo opponente passerebbe allora necessariamente attraverso la procedura disciplinata dall'art. 21-*bis*, legge n. 1034 del 1971, fermo restando che tale procedura non potrebbe avere come riferimento l'esercizio del potere inibitorio dell'Amministrazione (perché il giudice non può evidentemente costringere l'Amministrazione ad esercitare un potere da cui è decaduta), bensì il generale potere di repressione degli abusi edilizi che non soggiacerebbe ad alcun termine di decadenza.

(5) Parte della dottrina ha tuttavia ritenuto che il richiamo al potere di autotutela sia in realtà una "*fiction iuris*" da un lato ispirata a recepire il ricordato orientamento giurisprudenziale creativo dell'intervento repressivo oltre i termini e, dall'altro, atta a differenziare tale

vigente legislazione, se si vuole evitare di forzare la lettera della norma, occorre individuare un provvedimento su cui esercitare l'annullamento d'ufficio e la revoca (6). La teoria del potere di autotutela *sui generis* ne risulta pertanto fortemente indebolita. Allo stato attuale, sembra che il meccanismo della d.i.a. debba necessariamente implicare un provvedimento, seppur tacito. Tale provvedimento, così come potrà essere oggetto di

ultimo controllo da quello speciale e vincolato attuabile nei termini decadenziali di cui all'art. 19". La novella avrebbe così "solo subordinato l'esercizio del potere di inibizione e di sanzione di interventi assoggettati a d.i.a., una volta che sia inutilmente decorso il termine di decadenza entro il quale va attuato il potere vincolato di controllo, alla ricorrenza dei presupposti richiesti dagli artt. 21 – *quinquies* e 21 – *nonies* per l'adozione dei provvedimenti di secondo grado quali l'annullamento e la revoca. A differenza, quindi, dell'intervento repressivo nei termini, che ha carattere vincolato ed è estinguibile, il potere di autotutela esercitabile oltre i termini [avrebbe] natura discrezionale e [sarebbe] attuabile solo nel rispetto dei principi e delle norme regolanti l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e di revoca, vale a dire solo in presenza di un interesse pubblico prevalente, entro un termine ragionevole e previa ponderazione dell'interesse pubblico con quello del destinatario e dei controinteressati" (A. GRAZIANO, *La denuncia di inizio attività nella l. 80/2005 secondo l'ultima giurisprudenza. Natura giuridica dell'istituto, autotutela della P.A. e tutela giurisdizionale del controinteressato*, in www.giustizia-amministrativa.it).

(6) Così, il T.A.R. Abruzzo, con la sentenza 494/2005 ha ribadito la tesi della natura complessa della d.i.a. La possibilità dell'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'Amministrazione sarebbe indice della presenza di un provvedimento nel meccanismo della d.i.a.. Il Collegio di Pescara ha così ritenuto che "il legislatore abbia in realtà considerato la denuncia di inizio di attività come un atto abilitativo tacito formatosi a seguito della denuncia del privato e della successiva inerzia dell'Amministrazione". Su tale provvedimento implicito il Comune potrebbe esercitare i propri poteri di autotutela "solo ove ricorrano i presupposti di legge (ragioni di interesse pubblico, termine ragionevole, esame degli interessi del destinatario e dei controinteressati); solo, infine, dopo l'adozione di tali provvedimenti di secondo grado (revoca o annullamento d'ufficio) possono poi essere assunti eventuali provvedimenti sanzionatori".

Sulla base di ciò, il T.A.R. Abruzzo ritiene che con la nuova formulazione del predetto art. 19 il legislatore abbia nella sostanza aderito alla tesi che ha qualificato la d.i.a. come un atto abilitativo tacito.

Dal punto di vista del terzo controinteressato, secondo il TAR Abruzzo non sarebbe possibile che questi diffidi l'amministrazione ad esercitare il potere di annullamento o di revoca, ostandovi la giurisprudenza del Consiglio di Stato che nega l'esistenza in capo alla P.A. di un obbligo di pronunciarsi sull'atto di diffida del privato volto ad ottenere che la P.A. annulli o revochi un suo precedente provvedimento, stante l'ampia discrezionalità che caratterizza l'esercizio del potere di autotutela (Cons. di Stato, sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7136). Il terzo quindi non potrebbe innescare la procedura del silenzio – inadempienza in ordine all'esercizio del potere di autotutela sulla d.i.a.

Il terzo che si ritenesse leso potrebbe quindi adire il T.A.R. al fine di vedere adottate "le misure previste dal sistema volte a non far realizzare le opere non consentite", ovvero al fine di far rilevare "l'obbligo dell'Amministrazione di esercitare il potere di rimozione delle opere realizzate senza titolo (con la possibilità che in sede cautelare sia sospesa l'attività edilizia col conseguente obbligo di conformazione dell'Amministrazione o del Commissario in sua vece nominato)".

autotutela, potrà essere oggetto anche di impugnazione. Si tratta dunque di individuarlo (7).

Il raffinato meccanismo della decisione n. 3586 non consente peraltro di dare una sufficiente tutela al terzo controinteressato. Se è vero che la procedura di cui all'art. 21 *bis* Legge 1034/1971 è piuttosto veloce, la costruzione suggerita dalla decisione n. 3586 costringe il privato a esperire una procedura assai più macchinosa di un'impugnazione diretta (8). Tra l'altro, nelle more del giudizio, il soggetto autore della d.i.a. potrà comunque esercitare l'attività dichiarata. Se anche il controinteressato riuscisse finalmente ad ottenere una pronuncia del T.A.R. favorevole, potrebbero nel frattempo essersi prodotti effetti irreversibili.

b) T.A.R. Abruzzo, 11 marzo 2004, n. 267

La ricerca di una soluzione al caso porta a rispolverare una sentenza del T.A.R. Abruzzo emessa ormai tre anni fa. Si tratta della pronuncia dell'11 marzo 2004, n. 267. Tale sentenza affronta di petto l'oggetto dell'impugnazione nelle controversie in tema di d.i.a. Così, i giudici di Pescara si soffermano sull'eventuale inammissibilità del ricorso per la parte impugnatoria del "provvedimento concessorio formatosi a seguito del decorso dei venti giorni dalla presentazione della d.i.a."

Il Collegio parte dal presupposto che la controversia verte in materia urbanistica ed edilizia, vale a dire in materia che l'art. 34 del D.Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del G.A. L'oggetto del giudizio può quindi essere costituito da "atti, provvedimenti e comportamenti" delle amministrazioni pubbliche. Alla luce di ciò, ritiene il T.A.R. Abruzzo che dovrebbe essere ricompreso fra i comportamenti impugnabili anche "il comportamento di non interdire ovvero consentire la realizzazione di un'opera che risulti conseguenza (in quanto ad esso conforme) di uno strumento urbanistico che si assuma illegittimo".

Il T.A.R. rileva così che se la tesi che la d.i.a. sia un istituto volto a semplificare l'attività delle due parti dirette del rapporto, da una parte l'Am-

(7) Rimane naturalmente la possibilità di continuare ad agire secondo il (più impegnativo) meccanismo prospettato dalla decisione 3586 del Consiglio di Stato. Si veda infatti la sentenza del T.A.R. Campania, sez. III, n. 2/2007, resa su un caso successivo alla riforma della legge 241, con cui viene ammessa l'impugnazione di un silenzio rifiuto sull'istanza di autotutela presentata dal privato.

(8) Si legge infatti nella pronuncia che "la giurisprudenza, dopo iniziali oscillazioni, sembra pervenuta ad un assetto definitivo, secondo il quale l'unico rimedio esperibile da parte del soggetto che si ritenga leso da una d.i.a. nei riguardi della quale l'Amministrazione non abbia esercitato alcuna potestà repressiva, consiste nel rivolgere formale istanza all'Amministrazione e nell'impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi (cfr. Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453)".

ministrazione pubblica e dall'altra il soggetto privato che intenda intraprendere quelle attività cui l'istituto stesso è applicabile, non sembra sostenibile, occorre comunque evitare che il suo utilizzo possa appesantire la posizione del terzo controinteressato, costringendolo a diffidare previamente l'Amministrazione affinché questa proceda a verifica della stessa d.i.a. e quindi, all'esito, esperire le azioni a difesa dei propri interessi o diritti.

Conclude il Collegio nel senso di ritenere esperibile, da parte del terzo, "un'azione diretta a provocare in sede di giurisdizione esclusiva, secondo i motivi dedotti, un sindacato da parte del giudice in ordine alla corrispondenza, o meno, di quanto dichiarato dall'interessato e di quanto previsto dal relativo progetto rispetto ai canoni normativi stabiliti per la realizzazione dell'attività edilizia in questione".

La pronuncia tuttavia, è stata resa prima dell'avvento della sentenza della Corte Costituzionale 204/2004, e della Legge 80/2005. Così, sembra restare a metà del guado in merito all'esistenza o meno di un provvedimento. Secondo il T.A.R., infatti, l'istituto della d.i.a. "liberalizza l'accesso alle attività edilizie cui è applicabile, sicché per queste non sussiste la subordinazione ad un provvedimento amministrativo, in quanto le attività stesse sono legittimate direttamente dalla legge". Caratteristica fondamentale della d.i.a. sarebbe proprio "il venir meno di un titolo provvedimentale di legittimazione, lasciando in capo all'Amministrazione solo un potere di controllo con carattere inibitorio che deve essere esercitato nel termine perentorio prescritto dalla legge; ed il decorso di tale termine non ha come effetto la formazione di un provvedimento tacito di assenso o concessorio".

In tale circostanza il T.A.R. Abruzzo ha quindi dato prova di notevole finezza giuridica individuando l'oggetto dell'impugnazione nel comportamento della P.A., ma sotto la normativa vigente tale definizione non è più sufficiente. Alla luce del richiamo espresso del potere di autotutela, che a sua volta presuppone un provvedimento, ci si chiede se non sia possibile rinvenire un provvedimento tacito.

La dottrina tende ad individuare vari tipi di silenzio significativo: silenzio-assenso, silenzio-rigetto, silenzio-rifiuto, silenzio-inadempimento. E se non fossimo di fronte ad un ulteriore tipo di silenzio?

Un'interpretazione innovativa permetterebbe forse di risolvere alcuni dei problemi rimasti insoluti.

c) La d.i.a. come meccanismo opposto all'autorizzazione

È necessario in primo luogo fare un passo indietro, e partire dalla prima funzione della d.i.a. Come è stato più volte correttamente affermato, la dichiarazione di inizio attività è stata introdotta per liberalizzare determinati settori. Non si tratta tanto di snellire l'azione amministrativa, bensì proprio di liberalizzare attività, sottraendole al regime autorizzatorio precedente. Del resto, tutto l'impianto della Legge 80/2005 è nel senso della liberalizzazione delle attività.

La d.i.a. è pertanto un meccanismo molto diverso da quello dell'autorizzazione. Infatti, l'autorizzazione è un atto volto a rimuovere un limite all'eser-

cizio dell'attività. La d.i.a., invece, postula un'attività già di per sé lecita. Se pertanto l'attività è già lecita e consentita, non può essere presente un'istanza, ma si rinviene invece una mera comunicazione. Dopo tutto, il primo esempio di d.i.a. è presente addirittura nella Carta fondamentale, all'art. 17 (9).

Per tale motivo, il meccanismo del silenzio-assenso non può funzionare: non può tecnicamente parlarsi di silenzio-assenso se non c'è un'istanza.

d) (segue) La d.i.a. può venire intrapresa prima del decorso del termine entro cui l'Amministrazione può inibire l'attività

Vi sono anche altre ragioni per le quali non può applicarsi il meccanismo del silenzio assenso. A ben guardare, infatti, nell'ambito della procedura generale tracciata dalla legge, l'attività in questione potrebbe essere lecitamente iniziata anche *prima* del decorso del termine necessario per la formazione del silenzio significativo, secondo uno schema simile a quello che esisteva fino al 2005.

Nella versione previgente al D.L. 35/2005, la d.i.a. si poneva in termini diversi. Il privato poteva infatti denunciare l'inizio dell'attività e contestualmente iniziare l'attività stessa. Con la riforma del 2005, si è creduto che tutto fosse cambiato, perché apparentemente l'attività dichiarata non sembrerebbe essere esercitabile prima del decorso del termine di 30 giorni necessario per la formazione di quello che – forse impropriamente nel caso in esame – viene chiamato silenzio assenso. Ebbene, questo cambiamento, se c'è stato, non è così evidente.

In primo luogo, si rileva una piccola discrasia terminologica. Si legge infatti nel secondo comma dell'art. 19 della legge sul procedimento che "l'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di *presentazione* della dichiarazione all'amministrazione competente". Il successivo terzo comma, invece, afferma che "l'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal *ricevimento* della comunicazione di cui al comma 2, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti".

Potrebbe trattarsi anche di una mera imprecisione terminologica. Ma il fatto che una norma parli di presentazione, ed il comma successivo parli di ricevimento, non può non far ritenere che potrebbe esserci una discrasia temporale. Qualora infatti la domanda venisse presentata tramite raccomandata

(9) Com'è noto, tale articolo disciplina la libertà di riunione. Così, dopo un postulato generale circa il fatto che "i cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi", la norma precisa che "per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso". Invece, "delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica". Non è forse anche questo un meccanismo analogo a quello di avviso dello svolgimento di un'attività di per sé lecita?

con ricevuta di ritorno (ove ammesso), vi sarebbe una differenza di due o tre giorni tra il momento della presentazione e quello della ricezione, vale a dire l'ordinario periodo di tempo necessario per recapitare una lettera. Con il risultato che il privato potrebbe iniziare l'attività in pendenza della possibilità per l'amministrazione di esercitare il suo potere inibitorio.

Del resto, questa ricostruzione sarebbe avvalorata anche dal fatto che il comma tre dell'art. 19 ripete espressamente il termine di trenta giorni, senza richiamare minimamente la pendenza del termine del secondo comma. Sembra dunque che il *dies a quo* da cui decorrono il termine per l'inizio dei lavori da un lato e quello per l'esercizio dell'azione inibitoria dall'altro non debbano necessariamente essere coincidenti.

A riprova di questo sta anche il secondo periodo del secondo comma dell'art. 19, che si richiama: "contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente". Orbene, a cosa gioverebbe la comunicazione in esame se si fosse formato un silenzio assenso? Lo scopo è quello di avvertire la P.A. del fatto che sta iniziando effettivamente l'attività denunciata (*rectius*: dichiarata). Da tale momento in poi, pertanto, valgono tutte le congetture fatte sulla d.i.a. precedentemente alla novella del 2005.

Pertanto, in pendenza del decorso del termine di trenta giorni, ben può il denunciante iniziare l'attività. La funzione del termine è quella di rallentare l'inizio dell'attività, in modo da consentire alla P.A. di intervenire quando i lavori non sono ancora iniziati, o comunque quando non sono iniziati da troppo tempo. In altri termini, la norma è assai utile, e va a tutelare il privato. Questi potrebbe aver effettuato la valutazione circa la sussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività con troppa leggerezza. In tal caso, egli potrebbe essersi poi lanciato nell'attività iniziando i lavori in modo troppo precipitoso rischiando di incorrere in una successiva diffida della P.A. dal continuare l'attività, con la conseguente perdita patrimoniale dell'investimento effettuato. La norma sarebbe quindi nel senso di *rallentare* l'attività del privato di un mese.

Il problema è risolto più radicalmente in materia edilizia, in quanto l'art. 23 del T.U. sull'edilizia stabilisce che "Il proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per presentare la denuncia di inizio attività, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, presenta allo sportello unico la denuncia, accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici adottati o approvati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie". In questo campo, il momento della presentazione sembra necessariamente coincidere con quello della ricezione della domanda, ed i termini decorrono allora dal medesimo giorno, vale a dire dalla presentazione della denuncia allo sportello.

Questa distinzione terminologica non è peraltro l'unico elemento che porta a ritenere che l'attività possa essere esercitata prima che sia decorso il periodo necessario alla formazione dell'eventuale silenzio-assenso. Il terzo periodo del terzo comma dell'art. 19 citato recita infatti: "Nei casi in cui la

legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all'acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l'amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato".

Tali disposizioni stabiliscono che viene sospeso il termine entro il quale la P.A. può esercitare il potere inibitorio, di cui al medesimo terzo comma. Non viene invece affatto sospeso quello che deve decorrere prima che il cittadino possa iniziare l'attività – di cui al secondo comma. Il cittadino viene posto a conoscenza del fatto che il termine è stato sospeso allo scopo di tutelarne l'affidamento, vale dire di fargli conoscere quando la sua attività diventerà incomprimibile, salvo l'esercizio del potere di autotutela (10). Tuttavia, stando alla lettera della legge non è sospeso il decorrere del termine a conclusione del quale egli potrà iniziare l'attività dichiarata. Pertanto, si può avere legittimamente esercizio dell'attività anche prima che sia maturato il silenzio assenso.

In tal senso anche il fatto che la stessa legge parli anche di "rimozione degli effetti". Se l'attività non potesse essere intrapresa prima del decorso del termine entro cui la P.A. la può inibire, quali effetti sarebbe mai necessario rimuovere? Il legislatore sembra lasciar aperta la possibilità di un'attività prima della scadenza dei termini assegnati all'Amministrazione.

Alla luce di tutto ciò, sorge un interrogativo: quale silenzio-assenso può essere la d.i.a., se il privato può porre in essere l'attività prima dell'avvento di quella che viene spesso chiamata del tutto impropriamente "autorizzazione"? Lo stesso dicasi per la teoria della "fattispecie a formazione progressiva": in realtà, sembra che la denuncia del privato non faccia in alcun modo parte dell'*agere* amministrativo, ma pare invece che ne rappresenti soltanto il presupposto logico ed indispensabile.

e) Verso un nuovo tipo di silenzio significativo? Il silenzio-rinuncia

Visto che pertanto il meccanismo del silenzio-assenso si attaglia così male alla d.i.a., e considerato che anche il meccanismo della fattispecie a formazione progressiva non può funzionare per gli stessi motivi.

In realtà, per capire quale sia la natura della d.i.a. e quale debba essere l'oggetto dell'impugnazione forse bisognerebbe prendere le mosse dal fatto che la P.A. può esercitare un potere di autotutela. Se è vero che, in via generale, questo potere presuppone un provvedimento amministrativo, significa che anche nel caso in esame tale provvedimento deve necessariamente essere presente. E se detto provvedimento è presente, allora sembra proprio che esso debba essere l'oggetto dell'impugnazione. Si tratta pertanto di individuarlo.

(10) Potere, questo, che si basa su autonomi presupposti, come da Cons. di Stato, sez. V, nella pronuncia n. 3586 del 19 giugno 2006.

Come visto *supra*, il meccanismo è opposto a quello dell'istanza di autorizzazione. Nella d.i.a., infatti, non è presente un'istanza del privato volta ad ottenere l'assenso della P.A. su qualcosa, ma al contrario si tratta di un'attività che, in linea generale, è consentita dall'ordinamento. Alla P.A. non viene chiesta alcuna autorizzazione o rimozione di limiti, visto che si tratta di un'attività libera (11). Tuttavia, all'amministrazione viene concessa la possibilità di rifiutare ove questa ritenga non sussistenti le condizioni per l'esercizio dell'attività. Quello che danneggia eventualmente il terzo è il non esercizio di un potere amministrativo. È dunque in questo comportamento inerziale che deve essere ravvisata la base del provvedimento. Per aversi provvedimento, deve tuttavia aversi quantomeno un comportamento significativo.

Non sarebbe allora configurabile una nuova tipologia di silenzio? Visto che il meccanismo del silenzio – assenso non pare funzionare, non potrebbe trattarsi di una nuova tipologia di silenzio, vale a dire il “silenzio – rinuncia”?

In altri termini la P.A. che non interviene a vietare l'attività denunciata nella d.i.a. viene a rinunciare tacitamente al proprio diritto di divieto. E proprio questa rinuncia sarebbe il provvedimento da impugnare.

Con questa ricostruzione verrebbe agevolata la ricerca circa la natura della d.i.a. (che rientrerebbe definitivamente tra gli atti privatistici), verrebbe giustificato adeguatamente l'esercizio del potere di autotutela e verrebbe individuato l'oggetto dell'impugnazione. In questo modo, il privato sarebbe esonerato dalla macchinosa procedura della diffida alla P.A. volta ad ottenere l'esercizio del potere di autotutela per poi impugnare quest'ultimo eventuale silenzio.

Rimarrebbe unicamente la difficoltà di trovare l'oggetto della revoca. Se infatti la d.i.a. riguarda attività il cui esercizio dipenda esclusivamente “dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale”, è chiaro che rimangono ben pochi margini per l'esercizio di quella discrezionalità amministrativa che è presupposto della revoca.

Dott. Benedetto Brancoli Busdraghi (*)

(11) A tal fine, si fa presente che anche il comma 9 dell'art. 87 del D.Lgs. 259/2003 fa riferimento al mancato diniego: “Le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego”.

L'apporto di tale norme alla ricostruzione complessiva di tale istituto è tuttavia dubbio proprio in ragione della peculiarità della variante d.i.a. in esso contenuta. Peraltro, anche su tale fattispecie si registra la pronuncia del T.A.R. Campania, 23 dicembre 2005, n. 20645, che configura ancora l'istituto come silenzio-assenso.

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

Consiglio di Stato, sezione quinta, decisione 22 febbraio 2007 n. 948 – Pres. S. Santoro – Rel. N. Russo – T.A.C.N. (Avv.ti A. Chiarelli, S. Nocentini) c/ T.L. S.C.A.R.L. (n.c.); U.T. soc. coop. (Avv. A. Torricelli); Comune di [X] (Avv. D. Iaria); E.S. di N.T. & C. S.A.S. (Avv. F. Falorni).

«Fatto – La Soc. Coop. T.L. è titolare di autorizzazione commerciale rilasciata dal Comune di [X] in data 23 marzo 1990 per l'esercizio commerciale sito nel medesimo Comune, avente una superficie di vendita di circa mq. 399,99.

L'area in cui ricade l'esercizio commerciale era ed è classificata, dal vigente piano di fabbricazione, di tipologia "C" (residenziale), edificabile anche mediante piano di lottizzazione.

In tale zona, in data 29 giugno 1998, il Comune approvava un piano di lottizzazione presentato per la realizzazione di un intervento edilizio ad uso prevalentemente residenziale; di tale lottizzazione (insistente a poche centinaia di metri dall'esercizio commerciale Coop) risultavano far parte anche alcuni fondi di proprietà dei signori T. A. C. e sui quali, previo rilascio dei relativi titoli abilitativi da parte del Comune, venivano realizzati cinque edifici, con destinazione residenziale ai piani terreno e primo, e non residenziale ai piani seminterrati o interrati. Ultimati i lavori di costruzione, relativamente al seminterrato di uno dei predetti cinque edifici, i proprietari, intendendo modificarne la destinazione d'uso per ivi insediare una media struttura di vendita commerciale, presentavano al Comune una proposta volta ad acquisire la proprietà di un terreno comunale adiacente all'immobile e necessario nella prospettiva di dover dotare la struttura commerciale degli spazi a parcheggio previsti dalla normativa; in relazione a ciò, e nelle more anteriori alla stipula della necessaria convenzione, i proprietari presentavano due denunce d'inizio di attività, una per cambio di destinazione d'uso senza opere da garage a fondo commerciale e l'altra per i lavori per la realizzazione del parcheggio oggetto della stipulanda convenzione. L'efficacia di quest'ultima, approvata in schema dall'Amministrazione veniva sottoposta alla condizione dell'ottenimento dei necessari atti di assenso sotto il profilo urbanistico-edilizio e commerciale all'apertura della struttura di vendita in questione.

Infine, in data 22 luglio 2003, il Comune emanava, relativamente ai locali in questione, un'autorizzazione commerciale per l'attivazione di una media struttura di vendita (per una superficie complessiva di 750 mq) in favore della società E. che, quindi, avviava l'esercizio commerciale.

La società Coop, pertanto, adiva il T.A.R. Toscana domandando l'annullamento dell'autorizzazione commerciale, dell'atto di assenso edilizio, della deliberazione approvativa dello schema di convenzione relativo al terreno adiacente e della conseguente convenzione sottoscritta, deducendo i seguenti motivi:

1) "Eccesso di potere per sviamento e difetto dei presupposti – Violazione art. 19 della legge n. 241/90 – Carenza di istruttoria e mancanza di motivazione – Violazione art. 15 del regolamento edilizio del Comune di [X] – Violazione articolo 8 della legge Regionale n. 39/94 e art. 9 della Legge Regionale n. 52/99 – Violazione art. 97 della Costituzione".

2) "Eccesso di potere per sviamento e carenza dei presupposti, con riferimento alla autorizzazione commerciale n. 1/03 – Violazione art. 9 del Regolamento Regionale 26 luglio 1999 n. 4 nonché dell'art. 10 della deliberazione del Consiglio Regionale n. 137 del 25 maggio 1999 recante direttive per la programmazione urbanistica commerciale di cui alla Legge Regionale 17 maggio 1999 n. 28. Violazione degli artt. 13 e 14 del Regolamento Comunale sulla disciplina del commercio in sede fissa. – Eccesso di potere per contraddittorietà tra atti, carenza di istruttoria e travisamento dei fatti".

3) “Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti. Carenza dei presupposti. Violazione art. 2 delle N.T.A. del Piano di lottizzazione dell’art. 68 delle N.T.A. del Piano di fabbricazione nonché dell’art. 9.2. del regolamento edilizio del Comune. Insufficienza della motivazione e violazione art. 2. legge 241/90”.

4) “Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti – Carenza di motivazione – Violazione art. 68 delle N.T.A. P.d.F. del Comune di [X] e dell’art. 10 delle N.T.A. del P.d.L. (...). Violazione art. 9.2 del Regolamento urbanistico”.

5) “Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti nonché contraddittorietà tra gli atti – Eccesso di potere per sviamento – Violazione art. 4 Legge Regionale Toscana n. 52/99 e artt. 9.2. del Regolamento edilizio del Comune di [X]. Violazione art. 62 punto 7 delle N.T.A. del Comune di [X] – Insufficienza della motivazione – Violazione art. 2 della legge n. 241/90”.

6) “Eccesso di potere per indeterminatezza e genericità e insussistenza dei presupposti. Carenza di istruttoria e insufficienza della motivazione – Violazione art. 97 della Costituzione. Illegittimità derivata per nullità della convenzione avente ad oggetto la cessione di terreni necessari per il rispetto degli *standards* in materia di parcheggi – Violazione art. 9 del Regolamento Regionale 26 luglio 1999 n. 4 art. 10 della Direttive regionali per la programmazione urbanistica commerciale nonché dell’art. 14 del Regolamento comunale sul commercio in sede fissa”.

7) “Eccesso di potere per sviamento – Violazione art. 40 della Legge Regionale Toscana 5/95 e dei principi in materia di variazione degli strumenti urbanistici – Violazione art. 97 della Costituzione”.

8) “Eccesso di potere per carenza di istruttoria (sotto un ulteriore profilo) – Violazione art. 11 del Regolamento comunale sulla disciplina del commercio in sede fissa del Comune di [X] – Violazione art. 8 del Decreto Legislativo 114/98 e dell’art. 97 della Costituzione”.

9) “Eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza di istruttoria. Contraddittorietà tra atti e carenza di motivazione”.

Si costituivano in giudizio l’Amministrazione intimata, i controinteressati proprietari degli immobili e la controinteressata società titolare della nuova struttura, resistendo al ricorso ed esponendo nelle successive e rispettive memorie le proprie argomentazioni difensive, tra le quali eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità del ricorso. Anche parte ricorrente riassumeva in memoria le proprie tesi.

Con sentenza n. 2617 del 27 maggio 2005 la seconda sezione del T.A.R. adito, in accoglimento del terzo motivo di ricorso – e con implicito assorbimento degli altri motivi e previa reiezione delle eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità formulate dal Comune e dal controinteressato – ha dichiarato l’inefficacia della d.i.a. edilizia presentata dai sigg.ri T. ed altri in data 28 maggio 2003 ed ha annullato l’autorizzazione commerciale n. 1/2003, compensando le spese di giudizio tra le parti.

Avverso detta sentenza hanno proposto appello la soc. N.G. di N.T. & C. s.a.s. (r.g. n. 5336/2005), la soc. E.S. di N.T. & C. s.a.s. (r.g. n. 5337/2005), il Comune di [X] (r.g. n. 6855/2005) e il sig. N. T. A. C. (r.g. n. 6856/2005).

La U. T. soc. Coop., stante l’assorbimento degli altri motivi di ricorso proposti dinanzi al T.A.R., ha a sua volta proposto appello incidentale condizionato, riproponendo i motivi di ricorso che il T.A.R. Toscana ha ritenuto, appunto, assorbiti e chiedendo che gli stessi vengano esaminati neo caso in cui questo Consiglio ritenesse di dover riformare la sentenza in accoglimento degli appelli principali proposti dalle controparti.

Con ordinanze n. 3485/2005 e 3486/2005 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dalle società N.G. ed E. In ragione della già disposta sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, il sig. T. ed il Comune di [X] hanno rinunciato alla propria domanda cautelare.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie illustrative.

Tutti gli appelli, chiamati per la trattazione congiunta all'udienza pubblica del 16 dicembre 2005, sono stati trattenuti in decisione.

Diritto – Deve, preliminarmente, disporsi la riunione degli appelli in epigrafe, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, in quanto essi sono rivolti avverso la medesima sentenza, n. 2617/2005.

Con tale sentenza il T.A.R. Toscana, premesso che *“la posizione azionata dalla società ricorrente si sostanzia primariamente nel censurare un provvedimento di rilascio di autorizzazione commerciale in favore dei soggetti controinteressati ... e la cui legittimità tuttavia ... deve essere vagliata alla stregua di tutti i presupposti della normativa urbanistico-commerciale che l'Amministrazione è tenuta ad applicare”* e ricordato che *“al silenzio tenuto dall'Amministrazione comunale a fronte di una denuncia di inizio di attività edilizia non può essere attribuito il valore né di un tacito atto di assenso all'esercizio delle attività denunciate dal privato né di un implicito provvedimento positivo di controllo a rilevanza esterna, ma piuttosto di un mero comportamento, rapportabile, sul piano degli effetti legali tipici, ad un'attività di verifica conclusasi positivamente ... e quindi inidonea di per sé a sostanziare un'autonoma determinazione di natura provvedimentale direttamente impugnabile in sede giurisdizionale con un'azione di annullamento”* con la conseguenza che, in tali casi, *“l'azione di annullamento proposta dal ricorrente, che rispetto alla denuncia de quo riveste la posizione di terzo, si risolve in una domanda di accertamento ... nei limiti della verifica dei cennati necessari presupposti per il rilascio dell'autorizzazione commerciale che su quella d.i.a. si è fondata”*, ha ritenuto fondato il ricorso proposto da U.T. e, per l'effetto, ha dichiarato *“l'inefficacia della d.i.a. edilizia 28 maggio 2003”* ed ha annullato l'autorizzazione commerciale n. 1/2003.

La questione centrale della presente controversia attiene, dunque, al problema della esperibilità dei rimedi da parte del soggetto che si ritenga leso da una d.i.a..

A tale proposito, la giurisprudenza, dopo iniziali oscillazioni, sembra pervenuta ad un assetto definitivo, secondo il quale l'unico rimedio esperibile da parte del soggetto che si ritenga leso da una d.i.a. nei riguardi della quale l'Amministrazione non abbia esercitato alcuna potestà repressiva, consiste nel rivolgere formale istanza all'Amministrazione e nell'impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi (cfr. Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453).

La conferma di tale orientamento si ha in una recente decisione di questo Consiglio (cfr. Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916). Secondo tale orientamento – che la Sezione ritiene di dover condividere, non sussistendo valide ragioni per discostarsene – nella ricostruzione del sistema cui dà luogo l'istituto della denuncia di inizio attività – con riferimento particolare alla materia edilizia e alla normativa vigente anteriormente alle richiamate modifiche legislative dell'istituto in generale, la cui portata innovativa sulla d.i.a. edilizia non rileva nel presente giudizio – è necessario distinguere tra due distinti rapporti: quello tra denunciante e amministrazione e quello che riguarda i controinteressati all'intervento. Tali rapporti, pur attenendo a una medesima vicenda sostanziale, possono essere tenuti distinti sul piano delle tutele, anche in considerazione della diversità dei poteri di cui dispone l'amministrazione. Vero è, invece, che, proprio perché trattasi di situazioni direttamente collega-

te all'esercizio di un potere pubblicistico dell'amministrazione cui possono contrapporsi interessi legittimi dei vari interessati, le relative controversie rientrano comunque nella giurisdizione del giudice amministrativo (salve le ipotesi di concorrenti azioni tra privati sulla base delle norme del codice civile sui rapporti di vicinato).

Nei rapporti tra denunciante e amministrazione, la denuncia di inizio attività si pone come atto di parte, che, pur in assenza di un quadro normativo di vera e propria liberalizzazione dell'attività, consente al privato di intraprendere un'attività in correlazione all'inutile decorso di un termine, cui è legato, a pena di decadenza, il potere dell'amministrazione, correttamente definito inibitorio dell'attività. Sul piano pratico, rileva poco se, in forza di un'inversione procedimentale, la fattispecie dia luogo, con la scadenza del termine, a un titolo abilitativo tacito o al consolidarsi, per volontà legislativa, degli effetti di un atto di iniziativa di parte. L'interessato potrà contestare l'esercizio del potere inibitorio, tale qualificato dall'amministrazione, vuoi per motivi formali (decadenza dal termine), vuoi sul piano sostanziale (sussistenza dei requisiti). A tale potere resta estraneo, sul piano normativo della qualificazione degli interessi, colui che si oppone all'intervento, perché la norma sulla denuncia di inizio attività non prende (ancora) formalmente 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.

Una volta decorso il termine senza l'esercizio del potere inibitorio, e nella persistenza, generalmente ritenuta, del generale potere repressivo degli abusi edilizi, colui che si oppone all'intervento, essendosi consolidata la fattispecie complessa che abilita, *ex lege* o *ex actu* non rileva, il privato a costruire, sarà legittimato a chiedere al Comune di porre in essere i provvedimenti sanzionatori previsti, facendo ricorso, in caso di inerzia, alla procedura del silenzio, che pertanto non avrà, né potrebbe avere, come riferimento il potere inibitorio dell'amministrazione – essendo decorso, a tacer d'altro, il relativo termine, con la conseguenza, sottolineata in dottrina, che il giudice non potrà costringere l'amministrazione a esercitare un potere da cui è decaduta – bensì il generale potere sanzionatorio, salvo poi a stabilire se tale potere abbia carattere vincolato (come ritengono i più) o sia comunque esercitabile alla stregua dei principi dell'autotutela (come mostra di ritenere Cons. St., sez. VI, n. 4453/02, *cit.*).

La tesi esposta, da un lato, consente di attenuare i profili critici di ordine generale cui conduce l'utilizzazione normativa della denuncia di inizio attività in termini di semplificazione procedimentale anzi che di supporto ad attività liberalizzate; dall'altro, consente di assicurare la tutela dei terzi in termini ragionevoli con lo strumento del silenzio, secondo uno schema più lineare e quindi semplice, rispetto alle variegata ipotesi cui in pratica possono condurre le altre tesi sin qui prospettate, tutte accomunate dal non irrilevante problema della precisa individuazione dell'oggetto del giudizio, come si evince dallo stesso tenore della sentenza impugnata, dal momento che il Tribunale ha, comunque, sindacato la legittimità d.i.a., ancorché quale mero presupposto per il rilascio della autorizzazione commerciale, trasformando la domanda di annullamento della d.i.a., quale espressamente proposta dalla società ricorrente, in una domanda di accertamento dei presupposti necessari al rilascio dell'autorizzazione commerciale.

Non possono essere condivise, per quanto dianzi argomentato, né la tesi per cui oggetto dell'impugnativa siano gli effetti della d.i.a. (tesi, sia pure non con assoluta linearità, sostenuta dal primo giudice), né la tesi che configura la d.i.a. come un provvedimento tacito.

Alla luce di quanto sin qui esposto, ne consegue che la società ricorrente in primo grado, come fondatamente dedotto dagli appellanti, avrebbe dovuto, per tutelare in sede giu-

risdizionale i propri interessi asseritamene lesi dalla presentazione della d.i.a. in questione, diffidare il Comune di [X] a procedere alla verifica della legittimità dell'attività denunciata attraverso l'esercizio dei poteri inibitori/repressivi ad esso spettanti in materia, per poi impugnare l'eventuale silenzio serbato dall'Amministrazione comunale o, se del caso, il provvedimento espresso adottato dalla stessa all'esito dell'avvenuta verifica.

La ricostruzione del sistema nei termini poc'anzi prospettati esclude in radice che tali atti possano assumere valore provvedimentale, in quanto il principio di legalità e di conseguente tipicità dei provvedimenti amministrativi esclude che possano essere inseriti nella sequenza procedimentale provvedimenti non espressione di poteri tipici previsti dalla legge.

Ai fini, dunque, delle modalità di contestazione della realizzabilità dell'intervento da parte del terzo non rileva che l'intervento medesimo sia escluso in radice dalla normativa urbanistica o che lo stesso non potesse ritualmente essere avviato tramite d.i.a.: in entrambe le ipotesi, occorre che il terzo stimoli il potere repressivo dell'amministrazione, diverse potendo essere solo le conseguenze che derivino dall'accoglimento dell'asserito motivo di illegittimità.

In definitiva, nel caso in esame, come fondatamente dedotto dagli appellanti, l'impugnazione originaria è da considerare inammissibile, sicché il T.A.R. sarebbe dovuto prevenire alla conclusione della inoppugnabilità della d.i.a. edilizia e, perciò, della sua persistente idoneità a mutare la destinazione d'uso del locale da garage a fondo commerciale, dichiarando inammissibili tutte le domande e le censure nei riguardi di essa proposte, ivi comprese quelle – rimaste assorbite in prime cure – riproposte nel presente grado di giudizio attraverso l'appello incidentale dalla U.T.

In conclusione, pronunciando sugli appelli riuniti, la Sezione, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo, ritiene debba dichiararsi l'inammissibilità del ricorso originario.

In considerazione della complessità delle questioni trattate nonché della peculiarità della vicenda in esame, ricorrono giusti motivi per compensare tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, riunisce gli appelli, proposti in via principale e incidentale, e, pronunciando sugli stessi, dichiara inammissibile l'impugnazione originariamente proposta, in riforma della impugnata sentenza n. 2617/2005 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 16 dicembre 2005».